بسم الله الرحمن الرحيم

الحقوق العينية الأصلية

مقدمة

لقد تناول المشرع معالجة الحقوق العينية الأصلية في الكتاب الثالث من التقنين المدني في المواد من ٨٠٢ حتى ١٠٢٩ مدني وقسم هذا الكتاب الى بابين : تناول في الباب الأول الملكية وأسباب كسبها • وتناول في الباب الثاني : الحقوق المتفرعة عن حق الملكية ، ولما كان هذا المؤلف ينصب فقط على دراسة الحقوق العينية الأصلية فاننا سوف نعرض بتمهيد مسبق لهذه الدراسة ببيان ماهية الحق العيني وخصائصه ، وهل وردت الحقوق العينية في التشريع المصري على سبيل الحصر بمعنى عدم جواز انشاء حقوق عينيه أخرى غير الواردة في هذا التشريع • ومجمل هذه الحقوق العينية •

الحق العيني :

الحق العيني هو سلطة مباشرة لشخص علي شيء مادي يستطيع بمقتضله الاستئثار بقيمة مالية معينه فيه [1] • فالشيء محل الحق العيني يقع مباشرة تحت سلطة صاحبه • بحيث يستطيع أن يستعمل حقه على الشيء دون الاستعانة بشخص آخر لتمكينه من استعماله • لأن هذا الحق يرد مباشرة على الشيء •

---

(١) راجع د/ جمال زكي مقدمة للدراسات القانونية ١٩٦٨ فقرة١٦٦ ،د/حمدي عبدالرحمن نظرة الحق عام ١٩٨٩ ص ٨٨ •

أما الحق الشخصى هو علاقة بين شخصين تخول لأحدهما وهو الدائن مطالبة الآخر وهو المدين باعطاء شيء أو بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل . وقد ظلت التفرقة بين الحق العينى والشخصى قائمة وجوهرية الى الآن رغم محاولة البعض هدم هذه التفرقة ، وليس هنا مجال لعرض هذه الآراء (١) .

خصائص الحق العينى :

يتميز الحق العينى بالخصائص الآتيه :

١ ـ الحق العينى هو حق مطلق أى يحتج به على الكافة . أى يجب على الجميع الامتناع عن كل مامن شأنه اعاقة استعماله . أما الحق الشخصى نسبى لايوجد الا فى مواجهة مدين معين .

٢ ـ الحق العينى لاينشأ الا على أشياء معينة بذاتها وذلك على خلاف الحق الشخصى الذى يصح أن يكون موضوع الآداء فيه شيئا معينا بالنوع .

٣ ـ يخول الحق العينى حق التتبع للعين وكذلك حق التقدم . وهما يظهران بوضوح فى الحقوق العينية التبعية .

٤ ـ الحق العينى حق مؤبد لأنه ينصب على شيء ويدوم بدوام هذا الشيء أما الحق الشخصى عمل يقوم به المدين ومن ثم فهو حق موقوت .

٥ ـ الحق العينى يخول صاحبه الحيازة أو وضع اليد على خلاف الحق الشخصى لايمكن صاحبه من ذلك .

---

(١) راجع الخلاف الفقهى بين المذهب الشخصى والمادى ، البدراوى حق الملكية ١٩٩١ ص ٧ هامش ١ ، ٢ .

نوعا الحق العينى :

للحق العينى نوعان هما : الحقوق العينية الأصلية ، والحقوق العينية التبعية ٠

(أ) الحقوق العينية الأصلية :

تشمل الحقوق العينية الأصلية حق الملكية والحقوق المتفرعة عنه وهى:- حق الانتفاع والاستعمال والسكنى والارتفاق ٠ويعتبر حق الملكية هو أوسع هذه الحقوق من حيث السلطات التى يتمتع بها المالك ٠فالمالك له سلطة الاستعمال والاستغلال والتصرف٠ وسوف نعرض لكل هذه السلطات تفصيلا عند الحديث عن عناصر حق الملكية (١) ٠

(ب) الحقوق العينية التبعية :

تنشأ هذه الحقوق ضمانا للوفاء بحق من الحقوق الشخصية ٠وهذا الضمان قد يكون شخصيا ويطلق عليه الكفالة وقد يكون عينيا ويطلق عليه الحق العينى التبعى ويشمل الرهن بنوعيه الحيازى والرسمى - والاختصاص والامتياز ٠

هل وردت الحقوق العينيه على سبيل الحصر ؟

لقد تناول المشرع الحقوق العينية فى القسم الثانى من التقنين المدنى فى الكتاب الثالث والرابع وتناول الحقوق العينيه الأصلية فى الكتاب الثالث وهى

---

(١) راجع د/جمال زكى الحقوق العينيه الأصليه عام ١٩٧٦،ص٢٠هامش٢٠

حق الملكية والانتفاع والاستعمال والسكنى (الارتفاق • ونتناول الحقوق العينية التبعيه فى الكتاب الرابع وهى الرهن الرسمى والرهن الحيازى والاختصاص والامتياز • ولقد ثار البحث بين الفقهاء فيما اذا كانت هذه الحقوق واردة على سبيل الحصر فى التقنيين المدنى • بحيث لايجوز للأفراد بالاتفاق فيما بينهم على انشاء حقوق عينيه أخرى •

يكاد ينعقد الاجماع فى الفقه الى أن هذه الحقوق واردة على سبيل الحصر وباتالى لايجوز للأفراد الاتفاق على انشاء غيرها سواء فى نطاق الحقوق العينيه الأصليه أو التبعيه ، ويتأسس هذا الاجماع على أن تنظيم حق الملكية وسائر الحقوق العينيه يتعلق بالنظام العام فلا يجوز الاتفاق على مايخالفه بانشاءحقوق عينيه لم يرد بها نص فى القانون • كما يتأسس أيضا على أن الحقوق العينيه تتمتع بصفة الاطلاق أى يحتج بها على الكافة • ولذلك فان هذا الالتزام الذى يحتج به فى مواجهة جميع الأفراد لابد أن ينشأ بنص قانونى (١)

---

(١) راجع د/البدراوى ،المرجع السابق ص٩ هامش ١ مشار اليه "اجماع آراء الفقه " •

خطـــة البحـــث:

يقتصر البحث فى هذا المؤلف على الحقوق العينيه الأصليه التى عالجها المشرع فى الكتاب الثالث من التقنيين المدنى كما سبق القـول وذلك على النحو التالـــى :

القســـم الأول : حق الملكية بوجــه عام

الباب الأول : ماهية حق الملكية وخصائصه وعناصره

الباب الثانـــى : القيود التى ترد على حق الملكية ٠

الباب الثالث : صور الملكـــية ٠

الباب الرابع : أسباب كسب الملكيـــة ٠

القســـم الثانى : الحقـوق العينيه المتفرعة عن حـــق الملكيه٠

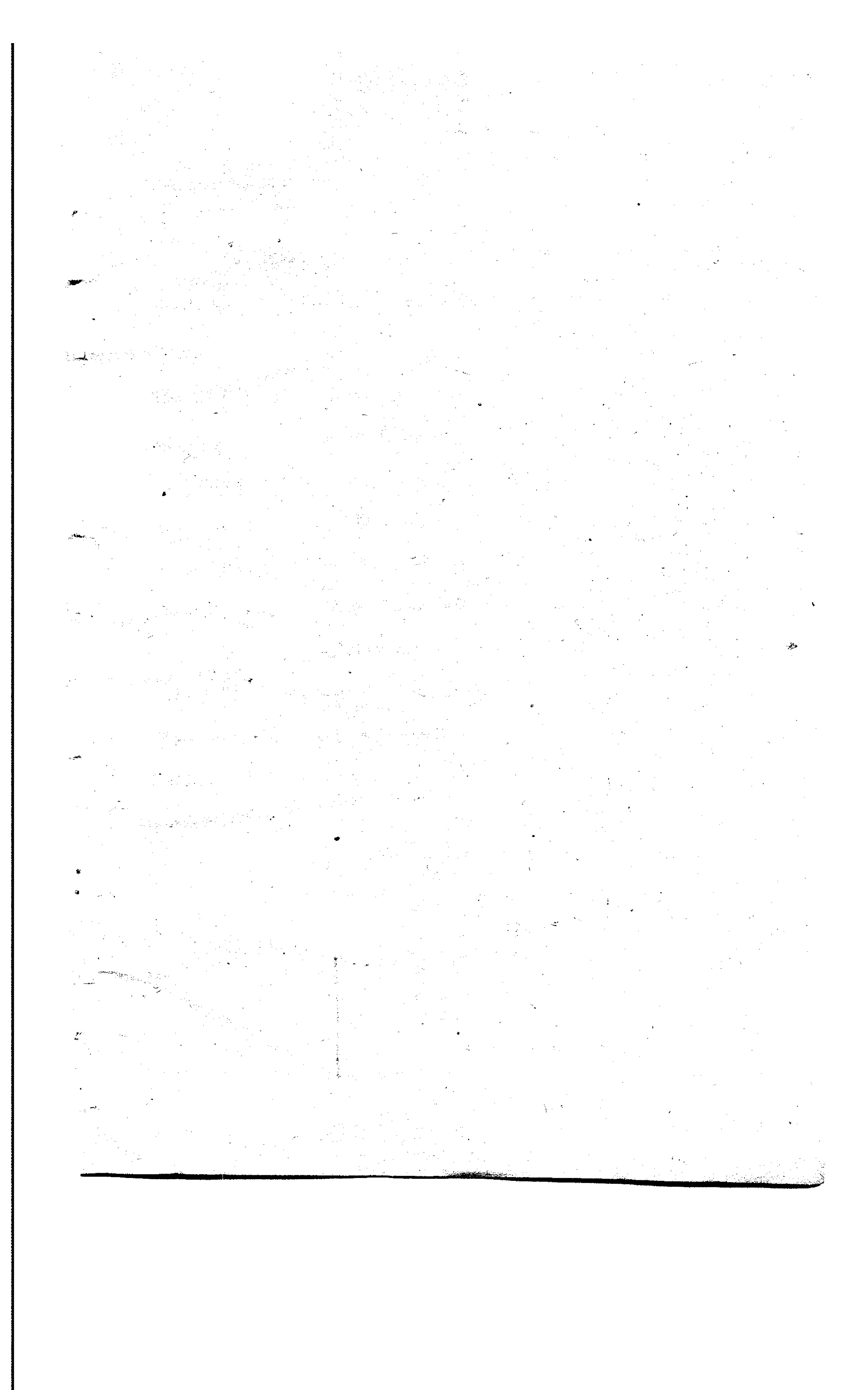
الباب الأول :حـــق الانتفاع ٠

الباب الثانى : حـــق الاستعمال والسكنى ٠

الباب الثالث :حـــق الارتفـــاق ٠

خاتمـــة المؤلـــــف ٠

===============



القســـــم الأول

حــق الملكيــة بوجـــه عـــــام

البـــاب الأول

حـق الملكيه بوجه عـــام

تمهـــيد :

لقد عرض المشرع لتنظيم حق الملكيه فى تنظيم عام من حيث ماهيـــة هـــذا الحق وخصائصه وعناصرة ونطاقه ؛ ومن ثم فقـد بات لزاما علينا فى مجال البحث أن نفصـل هذا الاجمال الذى أورده المشرع فى التنظيم العام لحـــق الملكية . وسوف ينقسم هذا البحث فى هذا الباب الى فصلين .يتناول الأول ماهية الملكيه وخصائصه وعناصره .ويتناول الثانى نطاق حق الملكية .

الفصـــل الأول

ماهيه حق الملكيه وخصائصه وعناصره

ماهية حـق الملكيـــة :

لم يضع المشرع تعريفا محددا للملكية فى المادة ٨٠٢ مدنى التى نصت علـــى أنه " لمالك الشيء وحده فى حدود القانون حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه" وبامعان النظر فى هذا النص نجـد أن المشرع اكتفى فى تعريف حق الملكيـــة بذكـر خصائصه وعناصره . فعبارة " لمالك الشيء وحـده " اشارة الـــى أن الملكيه حـق قاصـر على صاحبه لايجـوز للغير أن يتعرض له فيه أو يزاحمـه فيه . وقـد كان نص المادة ٧٨٠ من المشروع المقدم من الحكومة تنـــص

بأن " لمالك الشيء وحده فى حدود القانون حق استعماله الشيء واستغلالـــه والتصرف فيه • على أن يكون ذلك متفقا مع ما لحق الملكية من وظيفــــــة اجتماعية " وقد تجنب المشرع المصرى فى التعريف السابق ماوجه من انتقاد الى المادة ٣٧/١١ من التقنيين المدنى القديم (١) • التى كانت تقضى" أن الحــق للمالك في الانتفاع بما يملكه والتصرف فيه بطريقة مطلقة " لأن الملكية أصبحـت الآن كما سبق القول وظيفة اجتماعية • وقد كانت المادة ١١٦٢ من المشــروع التى أصبحت المادة ٨٠٢ حاليا تنص على هذه الوظيفة الاجتماعية لحق الملكيــة• وقيدت سلطات المالك فى الاستعمال والاستغلال والتصرف بأن تكون متفقة مــع ما لحــق الملكية من وظيفة اجتماعية • ثم حذفت هذه العبارة فى لجنــــة القانون المدنى بمجلس الشيوخ (٢) وقد روعى فى حذف هذه العبارة أنها أشبــه بالايضاحات الفقهية • وأن التطبيقات التى أوردها المشروع فى النصوص التاليــة مايغنى عنها • وهكذا جاء نص المادة ٨٠٢ خلوا من هذه العبارة • وقـــد أفصحت المذكــرة الايضاحية لمشروع القانون المدنى عن غرض واضعى المشروع فــى قولها " لم يخلع المشروع على حق الملكية صفة الاطلاق بل نبذ هذه الفكــرة الى فكــرة أخرى هى الآن الغالبة فى التقنينات الجديدة • وهى التى تمثـــل النزعه الحديثة فى تطور حق الملكية • والخلاصة من ذلك أن الحق الملكيـــة وظيفة اجتماعية يطلب الى المالك أن يقوم بها ويحميه القانون مادام يفعل •أمـا اذا خرج على هذه الحدود فلا يعتبره القانون مستحقا لحماية ما (٣) •

---

(١) راجع د/ جمال زكى المرجع السابق ص ٣٢ •

(٢) راجع الأعمال التحضيرية جـ ٦ ص ١٠ •

(٣) راجع د/ البدراوى المرجع السابق ص ١٨ •

خصائص حق الملكية :

يتسم حق الملكية بعدة خصائص هى : حق عينى - حق جامع مانع - حق دائم ، وسوف نعرض لهذه الخصائص على النحو الآتى :

(أ) حق الملكية حق عينى :

لما كانت الملكية تنصب على شىء معين ، فان الملكية تعتبر أوسع الحقوق العينية جميعا ، فهى تعطى لصاحبها سلطة الاستعمال والاستغلال والتصرف ، أما فى الحقوق العينية الأخرى ليست لها هذا النطاق الواسع فهى تأخذ بعض عناصر الملكية السابقة فقط، والملكية باعتبارها حقا عينيا فانها تكون بالتالى حقا مطلقا بمعنى أن صاحبها يمكنه الاحتجاج بها ضد الكافة ، وهى لذلك لاتقع الا على الأشياء المادية ، أما اذا وقعت على شىء غير مادى لم تكن ملكية بالمعنى الصحيح، والملكية حق ومن ثم فهى تختلف عن الحيازة أو وضع اليد ،فالمالك له حق قانونى يخوله سلطانا على الشىء ،ولكن الحيازة هى مجرد سلطة فعلية لايشترط أن تستند الى حق ،وان كان المشرع قد رتب على الحيازة كسب الملكية وسنعود لشرح ذلك تفصيلا عن الحديث على أسباب كسب الملكية بالحيازة فيما بعد ، وفى واقع الأمر أن حق الملكية لم يعد حقا مطلقا بل أن له وظيفة اجتماعية ، والذى دعى الى القول بذلك هو تقدم المجتمعات ودخول النزعه الاشتراكية ، وعلى حد تعبير البعض أن للملكية وظيفة يجب أن تقوم بها لتحقيق الصالح العام للمجتمع ، ويترتب على هذه الوظيفة الاجتماعية للملكية نتيجتان :

١ - عندما يتعارض حق الملكية مع مصلحة عامة ، فالمصلحة العامة هى التى تقدم ، فلا يجب أن تقف الملكية عقبة فى سبيل تحقيق هذه المصلحة العامة،وهذا بعيد عن تحقيق الوظيفة الاجتماعية لها ،

٢ ـ عندما يتعارض حق المالك مع مصلحة خاصة فالأولى بالترجيح المصلحة الخاصة • فهى التى تقدم بعد أن يعوض المالك تعويضا عادلا [(١)] •

(ب) حـق جامـع :

لما كان حق الملكية يخول المالك سلطة الاستعمال والاستغلال والتصرف ثم أنه يخول المالك أن يضع بملكه مايشاء الا مامنع القانون منه• فالأصل فى الملكية الاباحة • والاستثناء هو التحريم • وعندما يكون هناك استثناء لابد أن ينص القانون عليه • ومن ثم فان الاستثناء لايجوز التوسع فيه أو القياس عليه • ومن هنا تكون الملكية حق جامع •ويترتب على هذا الوصف نتيجتان :

الأولى : الأصل فى حق المالك أن يكون جامعا لكل السلطات •ولايكلف المالك الا باثبات ملكه طبقا للطرق المقررة قانونا• ومن يدعى أن له حقا فى ملك الغير • فعليه عبء الاثبات • ذلك أن المفروض هو أن المالك يجمع كل السلطات • فما لم يثبت آحد أن القانون أو الاتفاق خول له بعضها ظللنا على حكم الأصل • واعتبرنا الملكيه جامعة أى خالية من أى قيود [(٢)]

الثانية : أن أى حق ينتزع عن حق الملكية حق الانتفاع أو الاستعمال أوالسكنى هو بالضرورة حق موقوت • ومتى تقرر أن الحقوق المتفرعة عن الملكية هى

---

(١) راجع د/ البدراوى المرجع السابق ص ٣٠ •

(٢) راجع د/ السنهورى الوسيط جـ ٨ طبعة نادى القضاة ١٩٩١ ص ٦٦٠ •

حقوق مؤقته • فان أى حق منها متى استوفى مدته ارتد حتما وبحكم القانــون الى الملكية • فيعود لحق الملكية ماكان قد انتقص منه بسبب قيام الحق المتفــرع عنه • ذلك أن الملكية حق جامع شامل • فاليه يعود جميع ماتفرع عنه مــن حقوق بعد أن تستنفد هذه الحقوق مدة بقائها • فاذا استنفد حق الانتفـــاع مثلا مدة بقائه ارتد الى الرقبة • وعـادت الملكية كاملة وكانت قبل ذلك ناقصــة بقيام حق الانتفاع منفصلا عنها •

٢ ـ حـــق مانع :

يقصد بكون حق الملكية حق مانع (١) أنه مقصور على صاحبها فلا يجوز لأحــد أن يشاركه فيه أو أن يتدخل بأى وجه فى شئونه • وللمالك من ثــم أن يمنع الغير من استعمال ملكه والافادة منه ولو لم يعد عليه من ذلك أى ضرر (٢) وتطبيقا لذلك نصـت بعض المحاكم الفرنسية بهدم حائط مائل على أرض الجـار • وبازالة أسلاك مدتها شركة الكهرباء على علو مرتفع فوق أرضه ، وبمنع لصـــق الاعلانات على جدران بنائه • وقـدأراد المشرع فى مشروع التقنيين المدنى وضــع قيد على الصفة المانعة لحق الملكية فى المادة ٨٧٦منه "ليس للمالك أن يمنــع الغير من التدخل فى انتفاعه بملكه متى كان هذا التدخل ضروريا لتوقى خطــر داهم أشد كثيرا من الضـــرر الذى يصيبه من التدخــل • وانما له أن يحصــل على تعويض عما أصابه من الضـــرر " • ولكن حذف النص فى مجلس الشيوخ • وهذه النتيجة التى كان يريدها واضعوا النص يمكن أن تتحقق دون حاجــة الى نـــص

---

(١) راجع د/محمد كامل مرسى الملكية جزء أول فقرة ٢٠١ •

٢ ـ راجع د/ جمال زكى المرجع السابق ص ٣٥ •

صريح بذلك . وذلك باللجوء الى التعسف فى استعمال الحق . ويترتب على أن الملكية حق مانع أن الشيء الواحد لايمكن أن يكون فى ذات الوقت مملوكا لأكثر من شخص . واذا جاز أن يكون الشيء مملوكا على الشيوع لعدة ملاك فان كل منهما لايملك الشيء كله . بل يملك حصة شائعة منه. كما يجوز أن يتعدد المالكون للبناء . ولكن تقتصر كل منهم على طبقة أو جزء من طبقة أو أكثر من طبقته دون أن يملك كل منهم البناء كله . ويرد بعض القيود على الصفة المانعة لحق الملكية نوجزها فى : مايقرره القانون على الجيران من حقوق الشرب - المجرى - المسيل - المرور . مايفرضه على الجار فى عدم تجاوز مضار الجوار مثل التقيد بفتح مطلات على مساحة معينه . نزع الملكية جبرا على صاحبها للمنفعة العامة بعد دفع تعويض عادل للمالك. حق الشفعة والاسترداد - امتداد عقد الايجار لمستأجرى الأراضى والوحدات السكنية وان كان المشرع تنبه الى خطورة هذا القيد بتعديل قانون العلاقة بين المالك ومستأجرى الأراضى الزراعية وفرض حدا آقصى للملكية بموجب قانون الاصلاح الزراعى . والتسعير الجبرى . الزام المالك بتحديد حدا أقصى للأجره لايجوز الزيادة عليه (١).

جـ - حق الملكية حق دائم :

يتسم حق الملكية بالدوام . أى أنه يبقى طالما بقى الشيء الذى يرد عليه . ومن ثم فهو لايزول بعد الاستعمال . ولايجوز أن تقترن بآجل ونعرض لهذه العناصر على النحو التالى :

---

(١) راجع د/ السنهورى المرجع السابق ص ٩٩٥.

النص لايشمل العقار [١] وأن التخلى عن العقار لايفقد المالك ملكيته بل يبقى العقار على ملكه الى أن يكسب الملكيه أحد غيره بطريق من طرق كسب الملكية على حين ذهب اتجاه آخر [٥] استنادا الى نص الماده ١/٨٧٤ مدنى التى نصت على أن " الأراضى غير المزروعة الي لامالك لها تكون ملكا للدولة ٠أى تنتقل ملكية هذه الاراضى عند تخلى المالك عنها الى الدولة ٠

٢ ـ الملكية لاتزول بعدم الاستعمال :

لايزول حق الملكية بعدم الاستعمال مهما طالت مدته ٠ وبالتالى فهو لايخضع للتقادم المسقط الذى يخضع له جميع الحقوق الأخرى سواء كانت عينية أم شخصية ٠ فمن المعلوم فى دراستنا لأحكام الالتزام أن الحقوق الشخصية تنقضى بالتقادم المسقط وان اختلفت المدة الذى تخضع له٠ وتنقضى أيضا الحقوق العينية التبعية بانقضاء الوفاء بها ٠ وكذلك الحقوق العينية غير الملكية تزول جميعا بعدم الاستعمال مدة خمس عشر سنة ٠ أما حق الملكية وحده هو الذى لم يرد به نص فى القانون على زواله بعدم الاستعمال فى مدة معينة [٣] ٠ فالمالك حر فى استعماله أو عدم استعماله ٠ ومن ثم فهو يبقى مهما طالت مدة عدم استعماله ويترتب على ذلك أن دعوى الاستحقاق التى تحمى الملكية لاتسقط بالتقادم [٤] غير أن حق الملكية وان كان لايسقط بالتقادم ٠ فانه يمكن اكتسابه بالتقادم وهذا ماسنعرض له فى حينه عند الحديث

---

١ ـ راجع د/السنهورى الوسيط جـ ٨ ص ٣٣٠ ٠

(٢) راجع د/ الصدة المرجع السابق فقرة ١٤ ٠

(٣) راجع د/ الصدة المرجع السابق فقرة ١٥ ٠

(٤) راجع د/ جمال زكى المرجع السابق ص ٤٠ ٠

١ - الملكية باقية الى أن يزول الشىء الذى يرد عليه :

لما كان حق الملكية رهين ببقاء الشىء المملوك لايزول الا بهلاك هذا الشىء [١] من ثم فهو حق دائم - وقد ذهب البعض [١] الى أن هذا الحق يستمد هذه الصفة الدائمة من كونه سلطة مباشرة على الشىء تستغرق كافة عناصره ، بحيث تمتزج به تماما ، ومن ثم تستمر عليه طيلة هذه المدة بحيث لاتنقضى الا بهلاك هذا الشىء ، فدوام حق الملكية نتيجة لصفته الجامعة ، أو هى الصفة الجامعة ذاتها منظور اليها من الزمان ، ولاتنفى صفة الدوام عن هذا الحق نظرا لامكان انتقاله من شخص الى آخر بين الأحياء أو بسبب الوفاة ، فحق الملكية بطبيعته حق غير مؤقت ، وفى هذا يختلف كما سبق القول عن باقى الحقوق الأخرى ، فالحقوق الشخصية لابد أن تكون مؤقته ، والحقوق العينية التبعية تنقضى بانقضاء الحقوق التى تقوم لضمانها ، والحقوق العينية الأصلية غير حق الملكية والارتفاق هى بالطبع حقوق مؤقته ، وقد ذهب البعض الى القول أن هنالك استثناء يرد على هذه الصفة الأبدية لحق الملكية [٢] وهو مانصت عليه المادة ١/٨٧١ مدنى " يصبح المنقول لا مالك له اذا تخلى عنه مالكه بقصد النزول عن ملكيته " ، فالتخلى عن المنقول يؤدى الى زوال حق الملكية عنه ، ويصبح المنقول سائبه الى أن يمتلكه شخص آخر بالاستيلاء حين يزول حق الملكية عن الشىء رغم بقائه [٣] أما فى العقار فقد اختلف بشأنه الرأى فذهب أستاذنا السنهورى الى القول أن هذا

---

(١) راجع ريبيرو بولانجيه جزء أول فقرة ٢٧٢٥ ،

(٢) راجع د/ جمال زكى المرجع السابق ص٣٦ فقرة ١٨ ،

(٣) راجع د/عبدالمنعم الصدة دروس فى الحقوق العينية فقرة ١٣ ،

عن أسباب كسب الملكية بالتقادم .

٣ ـ حـق الملكية لايجوز أن يقترن بأجـل :

لما كانت الملكية حـق دائم . فانه لايجوز أن يقترن بأجـل سواء كان هـــذا الأجـل واقف أم فاسخ . الا كانت الملكية لها صفة التأقيت [١] والذى يدعونـا الى تأكيد هذا المعنى أى عدم جواز اقتران الملكية بأجـل هو أن هـــذا المعنى ليس الا نتيجة حتمية للقول بأن الملكية حق دائم . ويتنافى تمـاما مع طبيعة الملكية والعناصر التى تشتمل عليها . فلا يجـوز أن يتفق فـــى عقد البيع على آجل فاسخ تنتهى بحلوله ملكية المشترى للمبيع وتعود الـــى البائع . أو أن يتفق فيه على آجل واقف تظل خلاله ملكية المبيع للبائـــع وتنتقل بحلوله الى المشترى . فهنا تكون ملكية المشترى فى الحالة الأولـــى وملكية البائع فى الحالة الثانية ملكية مؤقته تنتهى بحلول الأجل الفاسخ أو الواقـف ولكن لاتعتبر ملكية البائع مؤقته اذا التزم فى عقد البيع بنقل ملكية المبيع الـى المشترى فى آجـل معين . حين يكون التزامه بنقل الملكية لاحق الملكيـــة ذاته . مضاف الى أجل واقف . وتكون له خلاله على المبيع ملكية دائمـــة . ويستطيع أن ينقل ملكية المبيع الى آخر حين يصبح التزامه بنقلها الى المشـترى مستحيلا بخطئه . فيلتزم بتعويضه . طبقا للقواعد العامة فى المسئوليـــة العقدية . ولاتعتبر الملكية المقترنه بشرط فاسخ ملكية مؤقته . بل هـــى نتيجـة للأثر الرجعـى لتحقق الشـرط ملكية دائمة . فاذا تخلف الشـرط

---

(١) يقصد بالملكية المقترنة بآجل أن تكون موقوته بمدة معينة اذا انقضـت هذه المدة عادت الملكية من تلقاء نفسها لأسباب جديدة الى المالك الأصلى (حسن كيره الملكية فقرة٥٢ص١٦٢ ،منصور مصطفى منصور فقرة٧ص٢٣ .

الفاسخ استقرت الملكية بعد أن كانت مهددة بالزوال ، وتعتبر ملكية باته من تاريخ سند انتقالها ، وتعتبر لذلك ملكية دائمة لامؤقته ، واذا تحقق الشرط الفاسخ زالت الملكية ، وارتد زوالها الى تاريخ سند انتقالها ، بحيث تصبح كأن لم تكن آصلا ، وتعتبر آنها لم تخرج آبدا من ذمة المالك الأصلى دائمة له ، ولكن يذهب البعض الى أنه يجوز أن يكون حق الملكية مؤقتا استنادا الى نص المادة ٢/٩٢٢ مدنى التى تجيز الاتفاق على أن تكون ملكية المبانى لشخص آخر غير المالك للأرض التى آقيمت عليها ، كالمستأجر الذى يصبح باتفاقه مع المؤجر مالكا طوال الأجارة للمبانى التى يقيمها على الأرض المؤجرة حين تثبت ملكية مؤقته ، ولايمكن القول انكارا لهذه النتيجة أن المؤجر يعتبر منذ اقامة المبانى مالكا لها فى الحال ، وتبقى ملكيته دائمة فى خلال مدة الايجار وبعد انقضاء هده المدة ، أما المستآجر فليست له على هذه المبانى لاملكية دائمة ولا ملكية مؤقته ، بل هو غير مالك أصلا ، وانما يكون له حق الانتفاع بالمبانى كما ينتفع بالعين المؤجرة (١) ، فهذا القول يتعارض مع عبارة النص فى الفقرة الأولى " المادة ١/٩٢٢ مدنى " التى تجيز الاتفاق على أن تكون ملكية المبانى لغير مالك الأرض وهو المستأجر فى هذا الفرض ، ومن ثم فلابد من الاعتراف له طوال مدة الاجارة بملكية مايقيمه من مبانى على الأرض المؤجرة لتؤول عند انقضائها الى المؤجر وفقا لقيود العقد مقابل تعويض آو بغير تعويض ، ونخلص من ذلك أنه لايمكن اعتبار هذه النصوص تطبيقا لمبدأ عام هو جواز الاتفاق على أن يكون حق الملكية

---

(١) راجع السنهورى الوسيط ج ٨ ص ٦٧٤ .

مؤقتا . وانما نذهب مع اتجاه آخر [١] الى أنه يعتبر استثناء على مبدأ عام لايجيزه .

عناصر حق الملكية :

ذكرنا فيما سبق أن حق الملكية هو أوسع الحقوق العينية من حيث السلطات التى يخولها للمالك وقد جرى الفقه على أن لحق الملكية عناصر ثلاثة هى الاستعمال الاستغلال والتصرف . وتأكدت هذه السلطات الثلاث فى نص المادة ٨٠٢ مدنى التى نصت على أن " لمالك الشىء وحده فى حدود القانون حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه " .

أما عن الاستعمال : فيكون بالقيام بأعمال مادية للحصول على منافع للشىء طبقا لما تسمح به طبيعته . فاستعمال الأرض يكون بزراعته أو بالبناء عليها . واستعمال المنازل يكون بالسكن فيها . واستعمال الملابس يكون بلبسها . ويكون للمالك حق استعمال الشىء حتى فى النواحى التى يدرج الناس على استعماله فيها . ولايترتب على عدم الاستعمال سقوط حق الملكية . وقد أكدت محكمة النقض المصرية فى أحد أحكامها [٢] " أن حق الملكية حق دائم لايسقط بمجرد عدم الاستعمال مهما طال الزمن . ومن ثم فان الحكم المقرر لهذا الحق لايسقط بالتقادم وينتج أثره ولو لم ينفذ . ولايجوز اطراحه

---

(١) راجع د/لبيب شنب ،الحقوق العينية الأصلية عام١٩٧٣،ص١١٢.

(٢) راجع نقض مدنى ١٩٨٤/٥/٢ مجموعة أحكام النقض فى ٢٥عاما السنة ٣٥ ص ١١٧١ .

الا اذا توافرت لدى المحكوم ضده بعد تاريخ الحكم شروط وضع اليد على العقار المدة الطويلة المكسبة للملكية "٠ ولمالك الشيء استعماله حق لو أدى ذلك الى هلاكه ٠ والملكية فى هذا تختلف عن سائر الحقوق العينية ٠ فمن تقرر له حق عينى على ملك الغير يلتزم دائما بالمحافظة عليه ورده٠ وهو ملتزم بأن يستعمله على الوجه الذى أعد له ٠ فمثلا يلتزم المنتفع بأن يستعمل الشيء بحالته التي تسلمه بها وبحسب ما أعد له وأن يديره ادارة حسنة٠ وللمالك أن يعترض على أى استعمال غير مشروع أو غير متفق مع طبيعة الشيء ٠ ومع ذلك فان استعمال الملكية ليس مطلقا بل ترد عليه بعض القيود سنتعرض لها فيما بعد ٠ وأما عن الاستغلال ٠ بهذا الحصول على ثمار الشيء التى يكون قابلا لانتاجها عن طريق استغلالها بأحد الأعمال القانونية مثل الايجار ٠فللمالك أن يقوم بتأجير الأرض أو المسكن والحصول على الأجره التى تعد ثمرة لها ٠ والمالك يملك هذه الثمار جميعها ٠ ويقصد بالثمار ماينتج عن الشيء الأصلى وتتميز بالدورية ودون أن تقتطع من الأصل ٠

وأما عن حق التصرف ٠ فله معنيان الأول :وهو التصرف فى الشيء تصرفا ماديا باتلافه أو استهلاكه ٠ والثانى هو التصرف القانونى ٠فالتصرف المادى يكون باجراء تغيير مادى فى الشيء محل الملكية مثل البناء فى الأرض واعدام مادة الشيء باستهلاكه ٠ أما التصرف القانونى فيكون بنقل ملكية الشيء أو بتقرير حق عينى عليه سواء كان هذا الحق من الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن حق الملكية مثل الانتفاع والارتفاق أو من الحقوق العينية التبعية مثل الرهن ٠

ومما هـو جدير بالذكـر أن التصرف ليس من خصائص حق الملكية وحـده • ذلك أن الحقـوق المالية تقبل الانتقال فى الجملة •ونقلها الـــى الغير هو تصرف بلا شك • على أننا نقصد أن المالك يستطيع التصرف فى الشىء دون سواه • أن الملكية تخوله نقل الانتفاع الكامل بالشىء للغير• الأمـــر الذى لايتهيأ لغيره من أصحـاب الحقـوق العينيه • وأنه وحده الذى يستطيـع التصرف فيه ماديا الى حـد اهلاكه • ويجب هنا التمييز بين أعمال التصـــرف وأعمال الادارة • فالأولى هى التى يقصد بها نقل الملكية أو أنشاء أى حـــق عينى • والثانية هى التى يراد بها استغلال الشىء مثل الايجـار • ويظهـــر أثر هذا التمييز من حيث الأهليه • فأعمال التصرف تستلزم بوجه عام الأهليـــه الكاملـة أي بلوغ سن الرشـد • بينما يتساهل المشرع عادة فى تحديــــد الأهليه اللازمة لأعمـال الادارة • وله أهمية أيضا فى خصوص سلطة الولــــى والنائب • غير أن المالك ليس له حرية مطلقة فى استعمال حق التصـــرف بل هناك بعض القيود سوف نتعرض لها فى حينهـا •

الفصـــل الثانى

نطاق حــق الملكيـــة وحمايتـــه

تمهـــيد :

لقد عالج المشرع نطاق حق الملكية فى المادتين ٨٠٣ ، ٨٠٤مدنى، ومـن ثم فطالما وجد الحــق و تحددت معالمه فلابد له من وسيله حمائيه•حتـــــى يستطيع المالك الانتفاع به دون عائق •ومن ثم تأتى دراستنا فى هذا الفصل تكـون منقسمه الى مبحثين •الأول : يتناول نطاق حق الملكيه، والثانى: يتناول حماية حق الملكية

المبحـــث الأول

نطاق حـــق الملكية

النـص التشريعى :

نصت المادة ٨٠٣ مدنى " مالك الشيء يملك كل مايعد من عناصـره الجوهرية بحيث لايمكن فصله عنه دون أن يهلك أو يتلف أو يتغير. وملكيـة الأرض تشمل مافوقها وماتحتها الى الحد المفيد فى التمتع بها علوا أو عمقـا. ويجوز بمقتضى القانون أو الاتفاق أن تكـون ملكية سطح الأرض منفصله عـن ملكية مافوقها أو ماتحتها .

ثم جاء نص المادة ٨٠٤ مدنى " لمالك الشيء الحق فى كل ثمـاره ومنتجاته وملحقاته مالم يوجـد نص أو اتفاق يخالف ذلك ". يتضح من هذيـن النصين أن المشرع أوضح نطاق حـق الملكية فى شقين الأول يتناول مايشملـه الشيء المملوك ذاته . والثانى : مايتفرع عن هذا الشيء . وسوف نعرض فيما يلى لهذين الشقين :

أولا شـمول الشيء ذاتـه : "علوا وعمقا "

يتضح من نص المادة ٨٠٣ مدنى سالف الذكر أن مالك الشيء يملك كـل مايعد من عناصره الجوهرية بحيث لايمكـن فصله عنه دون أن يهلـك أو يتلف أو يتغير [1] وعلى هذا فالشيء المملوك يشمل حق الملكية فيه جميع

(١) راجع د/السنهورى الوسيط جـ٨ طبعة نادى القضاة ١٩٩١ ص ٦٧ .

أجزائه المكونه له • والجزئية آيتها أن يكون الجزء مندمجا فى الكل • بحيث لو فصل عنه لهلك الشىء أو تلف أو تغير [(١)]• ولايثير تعيين الحدود المادية للشىء أية صعوبة اذا كان الشىء منقولا • لان امكان نقله يفترض جسما منعزلا أو منفصلا عما يحيط به من ناحية[(٢)] ولأن حق الملكية بوصفه حقا عينيا لايرد الا على شىء معين بالذات • ومن ثم متميز عن غيرة من ناحية آخرى • واذا كان الشىء عقارا • فاذا كان بناء أدى تماسك أجزائه الي تحديده أما اذا كان أرضا فقد تقدم صعوبات فى تحديده نظرا لتجاور الملكيات • ولذلك أجاز المشرع فى المادة ٣/٨٠٣ مدنى " لكل مالك أن يجبر جاره على حدود لأملاكهما المتلاصقه " •

ولقد جعل المشرع الملكيه للأرض تمتد الى مافوقها وما فى عمقها • وهذا ما أكده المشرع فى المادة ٢/٨٠٣ مدنى " ملكية الأرض تشمل مافوقها وماتحتها الى الحد المفيد فى التمتع بها علوا وعمقا • فلا تقتصر ملكية الأرض على سطحها • والا لما أمكن للمالك أن يفيد على نحو جدى بالأرض التى يملكها بل يشمل مافوق سطحها علوا وما تحتها عمقا الى الحد المفيد فى الافادة منها • ولقد أقام المشرع قرينه قانونية فى المادة ١/٩٢٢ مدنى موءداها أن " كل ماعلى الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت آخرى يعتبر من عمل صاحب الأرض أقامه على نفقته ويكون مملوكا له • الا أن هذه القرينه القانونيه يجوز اثبات عكسها • فيجوز أن يقام الدليل على أن أجنبيا قد أقام هذه المنشآت على نفقته"

---

(١) راجع الأعمال التحضيرية جـ٦ ص١٧ •

(٢) راجع د• / جمال زكى المرجع السابق ص٤٤•

أو أن " مالك الأرض قد خول أجنبيا ملكية منشأت كانت قائمة من قبل أو خوله الحق فى اقامة هذه المنشآت وتملكها • ذلك أنه يجوز بمقتضى القانون أو الاتفاق أن تكون ملكية سطح الأرض منفصلة عن ملكية مافوقها أو تحتها • ففصل ملكية السطح عن ملكية مافوقة أو تحته يكون بمقتضى نص فى القانون • مثل قانون المناجم والمحاجر أو بمقتضى اتفاق مع المالك • ولكن لابد لنا من تفصيل أوضح يوضح ملكية العلو والعمق •

١- ملكية العلو :-

تشمل ملكية الأرض مافوقها فيستطيع مالك السطح بموجب ملكيته للعلو أن يقيم فوق أرضه أبنية أو منشآت أو يغرس فيها أشجار • وقد أفصحت الأعمال التحضيرية (١) عن " أن تكون طبقة الهواء وهى فوق السطح مملوكة لصاحب الأرض بالقدر الذى يمكن به تملك الهواء وكذلك حق التعلى وهو حق البناء فوق الأرض طبقات بعضها فوق بعض • وللمالك حق مطلق على الفراغ الذى يعلو أرضه • تحدده خطوط مستقيمه تقوم نظريا على حدودها • ويكون له أن يمنع الاعتداء عليها • وحتى لو لم يترتب على هذا الاعتداء أى ضرر• فاذا امتدت أعراش الأشجار المنزرعة فى أرض الجار بحيث احتلت حيزا من العلو الذى يجاوره • كان لمالك هذا العلو أن يطلب الى جاره قطع ماامتد من الغصون الى علوه •وليس لهذا الأخير الامتناع عن قطعها بالادعاء بأن امتدادها لم يحدث ضررا به • كما أن من أحدث فى داره بيتا ليس له أن يبرز رفرافه على هواء جاره (٢) • وكذلك الأمر اذا قام المالك بالصيد وهو فى أرضه

---

(١) راجع مجموعة الأعمال التحضيرية ج٦ ص١٧ •

(٢) راجع نص المادة ٢/٨٠٢ مدنى مصرى•

طيرا فوق أرض جاره • كان فى هذا اعتداء على علو هذا الأخير ، وقد قيد المشرع حق المالك فى العلو فى المادة ٢/٨٠٢ مدنى بالحد المفيد فى التمتع به •والعلة من ذلك أن الحد المفيد فى التمتع به هو الحد الذى يصلح معه الاستعمال • ومن ثم لايجوز للمالك أن يمنع مرور الاسلاك الكهربائية أوأسلاك التليفون فوق أرضه اذا كان مرورها لايحدث ضررا له • ولايعتبر أزيزها ضررا يحدثه مروها فوق أرضه لأنه يحدث ولو كانت تمر على أرض مجاورة •

٢ - **ملكية العمق :**

أشارت المادة ٢/٨٠٣ الى ملكية العمق بأن تشمل ملكية الأرض كذلك ماتحتها • وهى الملكية مثل ملكية العلو ضرورية كى ينتفع المالك بأرضه فهى تتيح للمالك أن يحفر باطن أرضه ليضع أساسات للبناء عليها ويغرس بها أشجار• وللمالك أن يمنع الاعتداء على باطن أرضه فاذا امتدت جذور الأشجار المغروسة فى أرض الجار الى أرضه جاز له أن يطلب قطعها على حدود أرضه • ولقد ذهب البعض الى القول (١) أن افتراض المشرع ملكية الكنز المدفون فى باطن الأرض لصاحب العقار الذى وجد فيه أو لمالك الرقبة يعتبر نتيجة لملكية العلو محددة بالقدر المفيد للتمتع بالأرض فملكية العمق كذلك محددة بالقدر اللازم للافادة منها (٢) وليس للمالك أن يعترض على عمل يقام فى عمق أرضه على مسافة من سطحها لاتكون له معه أيه مصلحة فى منعه • مثل مد أنابيب المياه

---

(١) راجع د/جمال زكى ص٤٧ وأسس ذلك الافتراض بناء على نص المادة ١/٨٨٢ مدنى •

(٢) راجع مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ١ ص ١٨ •

أو كبلات التليفون أو الكهرباء فى باطن الأرض على مسافة من سطحها لاتتضمن أى ضرر به .

استثناء من ملكية العمق : "المناجم والمحاجر وآبار البترول والمياه المعدنية "

كان من المنطق يؤدى الى شمول ملكية الأرض للعمق الذى تحتها أن ترد الملكية على المناجم أو المحاجر أو آبار البترول أو المياه المعدنية التى تكون فى باطن الأرض . ولكن هذه المواد تعتبر من دعائم الثروة التى يقوم عليها الاقتصاد القومى للبلاد . ومن هنا تدخل المشرع المصرى باصدار قانون خاص برقم ٨٦ لسنة ١٩٥٦ والقانون ٦٦ لسنة ١٩٥٣ . الأول خاص بالمناجم والمحاجر . والثانى خاص بمواد الوقود والأملاح التبخرية . ولابد لنا من القاء نظره خاطفة على هذا الاستثناء من حيث أن المواد المعدنية هى المعادن وخاماتها والعناصر الكيماوية والأحجار الكريمة ومافى حكمها . والصخور والطبقات والرواسب المعدنية التى توجد على سطح الأرض أو فى باطنها . وكذلك المياه المعدنية الخارجة من باطن الأرض اذا كان استغلالها بقصد استخراج مواد منها . ولاتدخل فى ذلك الأملاح التبخرية التى تستخرج بطريق التبخير . وتقتصر ملكية الدولة على المواد المعدنية الموجودة بالمناجم . أما المناجم ذاتها وهى باطن الأرض الذى توجد فيه هذه المواد . فيبقى مملوكا لصاحب الأرض طبقا لحق ملكية العمق . وله أن يستعمله أو يستغله فى أغراض أخرى غير استخراج المواد المعدنية . وأما عن خامات المحاجر فهى مواد البناء والرصف والأحجار الزخرفية وخامات المون . والأحجار الصناعية ورمال الزجاج [1] ولاتدخل فيها

(١) راجع المادة ١/٣ من القانون ٨٦ لسنة ١٩٥٦ .

مواد البناء من الأحجار الجيرية والرملية والرمال فهى تظل مملوكة لصاحب الأرض • أما المحاجر وهى باطن الأرض الذى يحتوى على تلك الخامات فهى بحسب الأصل ملكا لصاحب الأرض • وقد كان المشرع يخول صاحب الأرض مزية حق البحث عن المواد المعدنية واستغلالها طبقا لقيود ونظم فى القانون ٨٦ لسنة ١٩٥٦ • الا أنه صدر القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٦٣ وأنهى تراخيص البحث والاستغلال للأفراد والشركات الخاصة • وقصر ذلك على شركات القطاع العام (١) •

وبهذا القانون الأخير • خرج عن نطاق النشاط الخاص الكشف أو البحث أو الاستغلال فيما يتعلق بالمواد المعدنية فى المناجم • وفيما يتعلق بالجبس والرمال البيضاء فى المحاجر • ومع ذلك يجوز فيما يظهر " أن يرخص بقانون لوزير التجارة والصناعة فى أن يعهد بالبحث عن المواد المعدنية واستغلال المناجم والمحاجر الى شركة أو جمعية أو مؤسسة ولو كانت فى القطاع الخاص أو كانت أجنبية " (٢) •

ثانيا : **تشمل الملكية الملحقات والثمار والمنتجات :**

لقد تناول المشرع ذلك فى المادة ٨٠٤ مدنى التى قضت على أنه "لمالك الشيء الحق فى كل ثمارة ومنتجاته وملحقاته ، مالم يوجد اتفاق أو نص يخالف ذلك" وبامعان النظر فى هذا النص التشريعى لابد لنا من وضع الأحكام التفصيلية لكل من الملحقات والثمار والمنتجات •

---

(١) راجع القانون ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ فى شأن قطاع الأعمال والغاء قانون القطاع العام •

(٢) راجع نص المادة ٥٠ من القانون ٧٣ لسنة ١٩٦٣ •

١ ـ **الملحقــات**

يقصد بالملحقات أنها كل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال الشيء طبقــا لما تقتضى به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين (١) يمتد اليهــا حــق الملكية الذى يشمل ملحقات هذا الشيء كما يشمل أجزائه . والفرق واضح بين الشيء وملحقاته . فالشيء يشمل جميع أجزائه وهي ليست من الملحقات بل هى الأصل . فالمنزل أجزائه الأرض والمبانى والحديقة . ونمــاء الشيء يدخــل فى أصله لا فى ملحقاته (٢) . فنماء الحيوان أى كبره مابين البيع والتســليم داخل أصله . أما ملحقات الشيء فهى شيء غير الأصل والنماء لأنها ملحقــة بالأصل وليست الأصل ذاته . وهى ليست متولدة من الأصل كما تتولد الثمــار والمنتجات . بل هى شيء مستقل عن الأصل غير متولدة عنه . ولكنه أعــد بصفة دائمة ليكون تابعا للأصل وملحقا به فاذا كانت معدة بصفة وقتيه لابصفــة دائمة فانها لاتعتبر من الملحقات مثل ذلك اذا استأجر المالك مواشــى وآلات لــزراعة أرضه . ومع ذلك يجوز أن يقضى الاتفاق أو نص القانون بفصل ملكيــة الشيء عن ملحقاته بأن تكــون هذه الأخيرة لغير مالكه . انما يفترض أن مالــك الشيء مالكا لمحقاته الى أن يقوم الدليل على غير ذلك . وباستطلاع نصــوص القانون المدنى نجد أن هناك نصوص كثيرة توضح ماهية الملحقات نذكر منها المادة ١٠٣٦ مدنى التي تقضى " أن يشمل الرهن الرسمى ملحقات العقار المرهــون التى تعتبر عقارا . وتشمل بوجه خاص حقوق الارتفاق والعقارات بالتخصيــص

---

(١) راجع د/ جمال زكى ص ٤٨ .

(٢) راجع مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ص ٢٠ ـ ٢١ .

والتحسينات والانشاءات التى تعود بمنفعة على المالك . وكذلك نص المادة ٤٣٢ مدنى والخاصة بعقد البيع التى تقضى بأن " يشمل التسليم ملحقات الشىء المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشىء طبقا لما تقضى به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين (١).

تطبيقات مختلفة لما يعد من الملحقات :

اذا كان الشىء أرضا زراعية فيعتبر من الملحقات حقوق الارتفاق والمواشى والآلات الزراعية وغيرها مما يعد عقارا بالتخصيص . وكذلك المخازن وحظائر المواشى وبيوت المزارعيين . واذا كان الشىء منزلا الحق بها الأفران المثبته فى المطابخ والمرايا الزجاجية الثابته فى الحمامات وأجهزة الاضاءة والتسخين والتكييف . أما الأبواب والشبابيك والشرفات والمصاعد . فهذه تعتبر آجزاء من المنزل وليس من الملحقات . واذا كان الشىء مصنعا فانه يدخل فى ملحقاته المخازن التى تودع فيها المصنوعات والمنازل التى آقيمت للعمال الذين يعملون بالمصنع واذا كان الشىء حيوانا فانه يعتبر من ملحقاته الصوف والشعر . أما نتاج الحيوان فيعتبر من المنتجات وليس الملحقات . واذا كان الشىء سيارة فانه يعتبر من ملحقاتها الرخصة ـ بوليصة التأمين ومستندات الملكية . واذا كان الشىء آسهما وسندات فان كوبونات الأرباح تعتبر من الثمار وليس من الملحقات واذا ربح السند جائزة اعتبرت جزءا من السند (٢).

---

(١) راجع د/السنهورى الوسيط جـ٨ص٨٣٦ طبعة منقحة لنادى القضاة عام ١٩٩١ .

(٢) راجع السنهورى الوسيطجـ٨ الطبعة المنقحة نادى القضاة ١٩٩١ص٧٣٧.

٢ - المنتجـات :

يقصد بالمنتجات أنها كل مايخرج عن الشيء في غير أوقات دورية أو مع انقاص أصله [١] كالمعادن التي تستخرج من المناجم ، أو المحاجر ، لأنهـا ليست دورية وتقتطع جزءا من أصل الشيء ، وكذلك أقساط الايراد المرتـب لمدى الحياة تعتبر منتجات رغم أنها لها صفة دورية [٢] وذلك لأنها تنتقـص من الأصل الى أن ينتهي بموت الدائن ، ومالك الشيء له جميع الثمار والمنتجـات الا اذا قضي بغير ذلك ، ولاتظهر أهمية التمييز بين الثمار والمنتجات الا فـي غرضين هما :-

أولا : اذا انتقل الشيء الى يد حائز ، فان الحائز اذا كان حسن النيـه يكسب الثمار دون المنتجات ، واذا كان سيء النيه لم يكسب لا الثمار ولا المنتجات وتنص المادة ٩٧٨ مدني في هذا المعنى على أن " يكسب الحائز مايقبضه مـن ثمار مادام حسن النيه ، والثمار الطبيعية أو المستحدثة تعتبر مقبوضة من يـوم فصلهـا ، أما الثمار المدنية فتعتبر مقبوضة يوما فيوم " .

ثانيا : اذا انتقل الشيء في يد منتفع ، فان المنتفع يكون من حقه ثمـار الشيء دون منتجاته ، وقد نصت المادة ٩٨٧ مدني في هذا المعنى علـى أن " تكون ثمار الشيء المنتفع به من حق المنتفع بنسبة مدة انتفاعه مع مراعـاة أحكـام المادة ٢/٩٩٣ مدني .

---

(١) راجع د/ محمد كامل مرسي المرجع السابق ص ١١٢.

(٢) راجع د/ جمال زكي المرجع السابق ص ٥٠ .

وأخص ماتميز به المنتجات أنها غير دورية ولا متجددة بل تخرج من الشيء في أوقات متقطعة غير منتظمة . وهي تمس أصل الشيء وتنتقص منه .

٣ - **الثمار :**

يقصد بالثمار أنها كل ماينتجه الشيء من غلة متجددة . وقد تكون هذه الغلة طبيعية كالزرع الذي يخرج في الأرض من تلقاء نفسها . أو صناعية كالمحصول الذي يكون من عمل الطبيعة والانسان . أو مدنية مثل أجرة المساكن والأراضي .

وتتميز الثمار بأمرين هما :-

أولا : أنها غلة دورية متجددة . أي أنها تتجدد عادة في أوقات متعاقبة منتظمة دون انقطاع .

ثانيا : أنها مع أنها فرع عن الشيء فهي لاتمس أصله ولاتنتقص منه بل يبقى الأصل على حالة دون نقصان .

وقد أوردت المذكرة الايضاحية أنواع ثلاثة للثمار نذكرها فيما يلي :

١ - **الثمار الطبيعية :**

وهي من عمل الطبيعة لادخل لارادة الانسان فيها مثل الأعشاب التي تنبت في الأرض دون عمل الانسان . ويذهب البعض الى أن نتاج الحيوان من الثمار الطبيعية وليس من المنتجات (١)

---

(١) راجع اسماعيل غانم ص٤٩، د/شفيق شحاتة ص١٠١، د/محمد كامل مرسي ص ٢٨٤.

الا أننا نرى عكس ذلك أن انتاج الحيوان ليس من الثمار لأنها اذا كانت لاتنقص من الأصل الا أنها غير دورية ٠

٢ - **الثمار الصناعية :**

وهي التي ينتجها عمل الانسان كالمزروعات والفواكه وخشب الأشجار اذا كانت معدة للقطع على وجه دوري منتظم ٠وعسل النحل والحرير الناتج عن دودة القز ٠

٣ - **الثمار المدنية :**

وهي الريع الدوري المتجدد الذي يقبضه المالك من استثماره للشيء أي يقبضه من الغير لقاء شغل منفعة الشيء الى هذا الغير ٠ وذلك كأجرة المساكن والأراضي الزراعية ٠ أما نصيب صاحب الأرض في المزرعة فيعتبر من الثمار الصناعية (١) ٠ والأصل أن الثمار ملك لصاحب الشيء الا اذا نص القانون على غير ذلك٠ كما هو الحال في جعل الثمار للحائز حسن النيه والتي سنتولى شرحها تباعا ٠

الحائز حسن النيه يتملك الثمار :

نصت على ذلك المادة ١/٩٧٨ مدني " يكسب الحائز مايقبضه من ثمار مادام حسن النيه " ٠يتضح من هذا النص أنه لابد من توافر شرطان لذلك:

---

(١) راجع د/السنهوري الوسيط جـ٨ المرجع السابق ص٧٣٨هامش٣ ٠

أولا : أن يكـون الحائز حسن النيه ٠

ثانيا : أن يقبض الثمـــار بالفعـــل ٠

حســـن نية الحائـز :

يقصد بحسن نية الحائز أن يعتقد الحائز وقت قبض الثمار أن لـــه الحـق فى اسغلال الشىء الذى ينتجها كأن يعتقد أنه هو المالك الحقيـــقى للشىء أو أن له حق فى الانتفاع به أو حق فى استعماله ٠ وفى معظـــم الأحيان يستند الحائز الى سند قانونى يخوله استغلال الشىء ٠ ولايعتبر ذلـك أن يكـون هـذا السند معيبا لصدوره من غير مالك أو من غير أهل للتصرف ٠ أو لعـدم استيفائـه الشكل الذى يشترطه القانون وكان هـذا الحائـــز يجهـل مالحـق السند من عيب ٠ الا أنه يشـترط ألا يكـون الجهــل ناشئا عـن خطأ جسيم أى غلط لايغتفـــر [(١)] وقد ذهب البعض الى القـول أن السند الفنى الـذى لاوجـود له الا فى مخيلة الحائز يصلح ســـببا لتملك الثمـار [(٢)] وحسن النيه مبدأ مفروض وعلى من يدعـى العكس اقامـــة الدليل على ذلك ٠ ويعتد بحسن النيه وقت قبـض الثمـــار ٠ وينتهى حســن النيه لـدى الحائز من الوقـت الذى يعلم فيه أن حيازته اعتداء على حـــق الغـــير وهـذا مانص عليه المشـرع فى المـادة ٩٩٦ مدنى ٠ وبذلك وضــع المشـرع ضابطا حاسما لوقت الاعتداد بحسن النيـــه ٠ رغم أن بعض أحكـــام القضاء ذهبت الى اعفـاء الحائز مـن رد الثمـار التى يقبضهـا بعد اعـــلانه

---

(١) راجع نص المـادة ١/٩٦٥ مدنى مصـرى ٠

(٢) راجع د/ البدراوى ،المرجع السابق ص ٣٨٠

بصحيفة الدعوى اذا كان حسن النيه [1] . فمنذ يوم اعلان الصحيفة يعامل الحائز معاملة الحائز سيئ النيه .

قبض الثمار بالفعل :

يتضح من التعبير الذى ساقه المشرع فى المادة ١/٩٧٨ مدنى سالفة الذكر " مايقبضه من ثمار " فان القبض يستلزم تداخل ارادى من جانب المالك ، وأحد اتباعه أو الحائز . ومعنى قبض الثمار جنيها . ويطبق الفقه الفرنسى هذا الحكم على كافة أنواع الثمار الثلاثة الطبيعية والمستحدثة والمدنية التى استحقت أثناء الحيازة ولكن لم تكون حقا للمالك . وفى هذا يختلف الحائز عندهم بقبضها الحائز بالفعل عن المنتفع الذى يكسب الثمار يوما بيوم . ويستثنى من ذلك حالة اقرار المدين بالثمار للحائز وحوالة الثمار للغير . اذ تعتبر الثمار فى هاتين الحالتين فى حكم المقبوضة . أما المشرع المصرى فقد أضاف فى المادة ٢/٩٧٨ مدنى أن " الثمار الطبيعية والمستحدثة تعتبر مقبوضة من يوم فصلها . أما الثمار المدنية فتعتبر مقبوضة يوما فيوما " . ومن هنا نستطيع أن نقرر أن المشرع أخضع الحائز حسن النيه فى الثمار المدنية لنفس الأحكام التى أخضع لها صاحب حق الانتفاع . أما الثمار الطبيعية فقد اعتبرها مقبوضه من يوم فصلها . والحائز حسن النيه يمتلك الثمار الطبيعية بفصلها . ولايشترط أن يكون قد استهلكها بالفعل . فالقانون لم يفرق بين الثمار المستهلكة والثمار الباقية . أما الثمار التى

---

(١) راجع استئناف مصر ١٩٢٨/٤/١٢ مجلة المحاماة العدد٨ ص ٥٥٣ .

لـم يفصلها الحائز عن الأصـل فهـى مملوكة لمالك الأصل وانما يجـوز للحائـز مطالبته بما أنفق فى انتـاج لهـذه الثمرات .

الأساس القانونى لتملك الحائز حسن النيه للثمار:

ذهب اتجاه [1] يرى أن الحكمة فى هذا التبرير تكمن فى أن هـذه الثمار نتيجة مجهـود وعمل الحائز فمن المنطق والعدل أنها تظل مملوكة لـه جـزاء هـذا العمل . ولكـن لو صح هذا القـول لكان حق الحائز يقتصـر على تملك الثمار المستحدثة أى الصناعية وهى التىتنتـج عن العمل والجهـود دون الثمار الطبيعية أو حتى المدنية وهذه تفرقـة لم يأخـذ بها المشـرع المصـرى . بينما ذهـب اتجاه أخر يرى أنه من الظلم الزام الحائز بـرد الثمار لأنه يكـون قـد استهلكهـا وفى الزامه بالرد مايعرضـه لفقـدان ذمته المالية . ولكن هـذا الاتجاه لو صح فانه يقصر تملك الحائز حسـن النيه للثمـار التـى استهلكها فقط دون الثمار التى تبقها ولم يستهلكها . وهـذه أيضـا تفرقـة لم يأخـذ بها المشـرع المصرى أو الفرنسى . وفى اتجاه ثالـث يرى رد هـذه القاعدة الى أن الحيازة في المنقـول سند الملكية . ولكن هـذا الرأى أيضا غير صحيح لأن تطبيق قاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكيـة تشترط أن يكـون هناك سبب صحيح . على خلاف الحال فى تملك الحائـز حسن النيه الثمار فكـما سبق القـول أنه اذا كـان يجهل الحائز السـند الذى يعـول عليه فى تبقى الثمار أو كـان السند ظنيا فانه يحق له تملـك

---

(١) راجع د/ البدراوى المرجع السابق ص ٣٧ عرض هذه الآراء مجتمعة .

الثمار • ويضيف البعض الى ذلك أنه لو صحت قاعدة الحيازة فى المنقول كأساس لهذا التبرير لما كانت هناك تفرقة بين الثمار والمنتجات • فكما سبق القول أن الحائز حسن النيه لايمتلك المنتجات لأنها اقتطاع من أصل الشىء ، وأخيرا فان التبرير الصحيح لهذا التملك يكمن فى اعتبارات العدالة والمصلحة ذلك أن الحائز يعول فى معيشته على الثمار وله العذر فى هذا مادام حسن النية • وهو دائما يعول على ما استهلك من ثمار ومالم يستهلك طالما كان حسن النيه • ثم اننا اذا وازنا بين مصلحة المالك والحائز فاننا بلا شك نرجح مصلحة الأخير (١) •

المبحث الثانى

حماية حق الملكية

تمهيد :

لقد أسهب المشرع فى تقرير الحماية الكاملة لحق الملكية وذلك بالعديد من الوسائل • وجعل لكل وسيلة غرضا خاصا فهدف اليه وأساسا معينا تقوم عليه • فهناك دعاوى الحيازة الثلاثة الواردة فى المواد من ٩٥٨ حتى ٩٦٧ وهى دعوى منع التعرض - دعوى الاسترداد - دعوى وقف الأعمال الجديدة •

---

(١) راجع د/ البدراوى ، المرجع السابق ،ص٣٩ •

ويستطيع المالك أن يلجأ الى دعوى التعويض اعمالا لنص المادة ١٦٣ مدنى . وللمالك أيضا دعوى عينيه هى دعوى الاسترداد أو الاستحقاق كما أن له دعوى عينيه أخرى يدافع بها عن ملكه وهى دعوى الانكار وهى دعوى يرفعها المالك ضد من يدعى أن له على الشىء حقا عينيا كحق انتفاع أو ارتفاق ويقصد نفى هذا الحق . كما قرر المشرع فى المادة٨٠٥ مدنى لايجوز حرمان آحد من ملكه (لايجوز نزع الملكية جبرا عنه الا بشروط . من هنا تأتى دراستنا فى هذا المبحث لأهم الوسائل العملية والأكثر انتشارا فى الواقع التطبيقى حتى يكون لهذه الدراسة النظرية صدى فى التطبيق العملى وذلك فى مطلبين . الأول :يتناول دعوى الاستحقاق والثانى : عدم جواز نزع الملكية جبرا على صاحبها الا بشروط .

المطلب الأول

دعوى الاستحقاق

تعريفها :

دعوى الاستحقاق هى الدعوى التى يرفعها الشخص مطالبا الحائز لشىء برده مستندا الى أن هذا الشىء مملوك له أو بعبارة أخرى هى دعوى احترام حق الملكية الذى وقع الاعتداء عليه . وهى دعوى عينيه يرفعها المالك مستندا الى حقه العينى . وهى خاصة بالعقار والمنقول على السواء . وهى لاتسقط بالتقادم على خلاف الحال فى فرنسا فانها تخضع للتقادم المسقط . ولم نجد فى التشريع المصرى نصا سوى

المادة ٩٧٧ مدنى التى تجيز لمالك المنقول اذا فقده أو سرق منه أن يسترده ممن يكون حائزا له بحسن نيه وذلك خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة • وتحسب هذه المدة من وقت خروج الشىء من حيازة المالك بالسرقة أو الضياع • وهى تتميز عن الدعاوى الشخصية الأخرى فى أنها تستند الى حق عينى أما الدعاوى الشخصية فانها تستند الى حق شخصى • ودعوى الاستحقاق لايكون محلها سوى الأشياء المادية المحددة بذاتها • فى حين الدعوى الشخصية يصح أن يكون محلها أشياء معينه بنوعها فقط •

الخصوم فى دعوى الاستحقاق :

يقصد بالخصوم فى دعوى الاستحقاق طرفا هذه الدعوى وهما : المدعى والمدعى عليه • والمدعى فى هذه الدعوى يكون عادة هو الحائز لهذا الشىء • وهذا الوضع المألوف يرجع الى أن المالك لايطالب عادة لملكية شىء هو فى حيازته وتحت يده • وانما يطالب بملكيته عندما يخرج من حيازته الى حيازة شخص آخر • فعندئذ يرفع على الحائز دعوى الاستحقاق مطالبا بالملكية ورد الشىء اليه • ويجوز فى بعض الآحوال أن يكون المدعى هو نفسه الحائز ويرفع دعوى منع التعرض فى الملكية على من يتعرض له فيها • ولكن المألوف فى هذا الفرض اذا كانت حيازة المدعى للشىء قد توافرت فيها شرائط الحيازة أن يقتصر على التمسك بالحيازة • فلا يرفع دعوى منع التعرض فى الملكية بل دعوى منع التعرض فى الحيازة • ومع ذلك قد يضطر الى رفع

دعـــوى منع التعرض فى الملكية اذا لم تكـن حيازته قد استوفت شرائطهـــــا أو لم تستكمل مدتها طبقا للقواعد لمقـرره فى دعاوى الحيازة أو انقضت المــــدة التـى يجـوز فى خلالها رفع دعـوى الحيازة • وقد يلجأ الحائز آيضا وان كان هـذا نادرا الى دعـوى منـع التعرض فى الملكية رغـم امكانة رفع دعــــــوى الحيازة اذا رغب أن يتعجـل حسم النزاع بشأن الملكية مع من يتعرض لــــه فيها • اما لأن آدلة الملكية متوافرة تحـت يده حالا ويخشى فقدها أو فقــــد بعضها فيما اذا اكتفى برفع دعـوى الحيازة أو لأى سبب آخر يرى معه الخــير فى التعجيل ومجابهــة دعـوى الملكية فورا [(١)] ولكـن الواقع العملى غير ذلـك فـدعـوى الحيازة اذا توافرت شروطها ومددها فهـى أسهل بكثير من دعـــــوى الملكية • فتكـون عادة هى المقدمة الطبيعية لدعوى الملكية • ويكتفـــــى الحائز برفـع دعـوى منع التعرض فى الحيـازة أو دعـوى استرداد الحيازة •حتى اذا استقرت الحيازة فى يده أحرز الشئ وانتفع به انتفاع المالك • وتربـــص بعد ذلك حتى اذا رأى من ينازعـه فى الملكية وقد رفـع دعـــوى الاســتحقاق عليـه كـان وهـو الحائز للشئ المدعى عليه فى دعـوى الاستحقاق فلا يكلـف باثبات ملكيته وانما يقع على المدعى اثبات ملكيته للشئ [(٢)] وطالما كان المألـوف هو أن يكـون الحائز للشئ هـو المدعى عليه فى دعـوى الاستحقاق فقـــد يرفع المطالب بالملكية هذه الدعوى على الحائز • فيقـــوم الحائز بعد اعـــلانه بالدعـوى الى التخلى عن الحيازة • أو يتخلى عنها عند علمه بوصول الاعــلان

---

(١) راجع بلانيول وربيـر وبيكار ص فقرة ١٣٥٥ •

(٢) راجـع نقض مدنى فى ١٩٥٢/٦/٢٨ مجموعة المكتب الفنى فى ٢٥ عامـا ص٢٨" أنه من الخطأ أن تغفل المحكمة بحث سند ملكية المدعـــى للأطيان وتبحث ملكية المدعى عليه • فالوضع السليم قانونا هو تحقيــق ملكية المدعى " •

اليه . ويكون غرض الحائز من تخليه عن الحيازة أن يربك المدعى . وأن يدفع دعوى الاستحقاق بانعدام صفته كمدعى عليه فى هذه الدعوى . اذ أنه لايحوز الشىء المدعى بملكيته . فاذا أثبت المدعى أن المدعى عليه كان يحوز الشىء ثم تخلى عنه بعد الاعلان أو قبل الاعلان ولو سىء النيه . حكم القاضى على المدعى عليه بالزامه أن يستعيد الشىء على نفقته ليرده الى المدعى بعد أن يثبت هذا ملكيته اياه أو يوفى قيمته الى المدعى مع التعويض ان كان له محل . ولنا عودة تفصيلية الى بحث ذلك عند الحديث فى آثار دعوى الاستحقاق

دعوى الاستحقاق فى المنقول :

سبق أن أسلفنا أن دعوى الاستحقاق يمكن أن يكون محلها العقار والمنقول على السواء . وماسبق ذكره ينطبق على دعوى الاستحقاق العقارية أما دعوى الاستحقاق المنقوله [(1)] اذا رفعها المدعى على حائز المنقول فان الحائز يستطيع دفع هذه الدعوى بالاستناد الى ماقرره المشرع فى المادة ٩٧٦ مدنى " الحيازة فى المنقول سند الملكية " . فهنا تقضى المحكمة برفض الدعوى للمدعى حتى ولو أثبت ملكيته للمنقول . فان الحيازة تكون فى هذه الحالة قد نقلت الملكية الى المدعى عليه . والمفروض أن يكون الحائز حسن النيه وقد تلقى المنقول من غير المدعى . فيكون قد تعامل مع غير المالك فتنتقل الحيازة اليه ملكية المنقول . أما اذا كان الحائز قد تلقى المنقول

---

(1) راجع /السنهورى المرجع السابق ص ٧٥٥.

من المدعى نفسه ٠ فان قاعدة الحيازة لامجال لها هنا ٠ والمدعى لايرفع فى هذا الغرض دعوى الاستحقاق على الحائز ٠ بل يقتصر على الطعن فى السبب الذى تلقى به الحائز المنقول منه ٠ مثلا بأنه سبب غير ناقل للمكلية أو أن هذا السبب معيب ٠ فدعوى الاستحقاق المنقولة لاترفع الا فى المنطقة التى تعمل فيها قاعدة الحيازة ٠ وعندئذ تحسم الحيازة النزاع فى الملكية ٠ فانها اذا استوفت شرائطها وكانت مصحوبة بالسبب الصحيح وحسن النيه نقلت ملكية المنقول الى الحائز وانحسم النزاع فى دعوى الاستحقاق ٠

اثبات الملكية فى دعوى الاستحقاق :

يقع عبء اثبات الملكية طبقا للقواعد العامة ٠ أى أن المدعى يقع عليه عبء اثبات الملكية للشىء محل الدعوى ٠ اذ أنه يدعى حقا لنفسه [(١)] ويجب أن تفند أدلة اثبات المدعى للملكية دون المدعى عليه ٠ واثبات الملكية فى المنقول لايشكل صعوبة ما ٠ ولكن فى اثبات ملكية العقارات تثور بعض الصعوبات ومن ثم تعرض فيما يلى لاثبات الملكية فى المنقول ثم العقار على النحو التالى :

١ ـ اثبات ملكية المنقول :

سبق أن ذكرنا أن المشرع المصرى افترض قرينه فى ثبوت ملكية المنقول وهى " الحيازة فى المنقول سند الملكية "٠ ذهب بعض الفقهاء الى

---

(١) راجع السنهورى المرجع السابق ص ١١٨٠

القول أن هذه القاعدة تقوم بدور مزدوج [1] فهى تقوم بدور القاعدة الموضوعيه والتى تتمثل فى أنه اذا كان حائز المنقول قد تلقاه من غير مالكه اذا يصبح مالكا له • بحيازته متى كان حسن النيه وقامت حيازته على سبب صحيح • وعلى ذلك لايستطع مالكه بدعوى الاستحقاق مطالبته بـرده الا اذا قام الدليل على سوء نية حائزة • أو انعدام السبب الصحيح لحيازته واما على أن المنقول قد ضاع أو سرق منه خلال السنوات الثلاث السابقة على رفع دعواه • حين لايستطيع الاحائز المدعى عليه فى الدعوى أن يتمسك بحيازته لكسب ملكية المنقول • انما يجب على المدعى كذلك أن يقيم الدليل على ملكيته لهذا المنقول الذى يطالب برده اليه • وان كان يكفيه فى هذا أن يثبت أنه كان حائزا للمنقول قبل المدعى عليه • وأما عن الدور الثانى فهى قاعدة تتعلق بالاثبات • اذا كان حائز المنقول قد تلقاه من مالكه فتعترض لمصلحته أنه تلقى المنقول بموجب سند ناقل للملكية ويكون على المدعى الذى يطالبه برده أن يثبت عكس هذه القرينه وذلك باقامته الدليل على أنه سلم المنقول للمدعى عليه وبموجب عقد غير ناقل للملكية • مثل الايجار ـ العارية ـ الوديعة لتكون الدعوى التى يرفعها هى الدعوى الشخصية التى تستند الى هذا العقد وليس دعوى الاستحقاق فيتجنبه اثبات ملكيته للمنقول •

---

(١) راجع جمال زكى المرجع السابق ص ١٠٢ ،فقرة ٥٤، ٥٥ •

٢ ـ **اثبات ملكية العقار :**

تعتبر مسائل الاثبات للملكية العقارية فى الواقع العملى أصعب المسائل التى تعرض أمام القضاء ٠ اذ المشرع لم يعرف غير التسجيل للعقار باسم من تنتقل اليه الملكية ٠ وبذلك يعتبر هذا الطريق هو الدليل المباشر الحاسم لاثبات الملكية العقارية فى مصر٠ ويطلق على هذا النظام السجل العينى ٠ وبناء هذا القصور التشريعى ٠فلابد من اللجوء الى طرق أخرى غير مباشرة وهى ماسنعرض له على المحو التالى :

أ ـ **طرق الاثبات ذات الدلالة اليقينية :**

ذهب البعض الى أن هذه الطرق تكمن طرق ثلاثة :

١ ـ **أولا : الاثبات بالسجل العينى :**

يعتبر هذا الطريق ذا دلالة قاطعة فى ثبوت الملكية للمالك فمهمة هذا السجل أن يجعل تسجيل ملكية العقار ذات دلالة قاطعة ويقينية وهو صحة على الناس كافة ٠ فمتى سجل العقار باسم شخص معين كان هذا هو المالك للعقار ٠ ولكن نظرا لأن هذا السجل يسرى على بعض الأماكن داخل البلاد٠ فانه لايصلح أن يكون طريقا عاما للاثبات فى الملكية العقارية ٠

٢ ـ ثانيا : التقادم المكسب :

نظم المشرع ملكية العقار بالتقادم وجعله له نوعين : تقادم طويل حدده بخمس عشرة عاما ٠ وتقادم قصير حدده بخمس سنوات ٠ فأما عن الأول فاذا أثبت المدعى أنه حائز لمدة خمس عشرة عاما هذا العقار متتالية دون انقطاع ٠ فقد أقام المشرع المصرى قرينه قانونية قاطعة على تملكه هذا العقار بالتقادم ٠ ويعتبر حجة على الناس كافة [(١)] وقد أكدت محكمة النقض المصرية هذا الطريق اليقينى من طرق اثبات الملكية العقارية فى حكم حديث نسبيا لها [(٢)] فقضت " أن الأساس التشريعى للتملك بمضى المدة الطويلة هو قيام قرينة قانونية قاطعة على توافر سبب مشروع للتملك لدى واضع اليد " وأما عن الثانى وهو التقادم الخمسى فواضع اليد بحسن نيه مستندا الى السبب الصحيح له أن يتملك العقار ٠ بحيازته هذه المدة وهى خمس سنوات ٠ ولكن هذا الطريق أيضا محفوف بالصعاب ٠ اذ قد تتعرض هذه المدة للوقف أو الانقطاع لأسباب مختلفة ٠ مما يطول معه الوقت ٠ ومع ذلك فان هذا هو الطريق الغالب فى الناحية العملية ٠ ولنا عودة تفصيلية الى ذلك عند بحث أسباب الملكية ٠

---

(١) راجع د/السنهورى المرجع السابق ص ٧٥٩٠

(٢) راجع نقض مدنى ١٩٨١/٤/٥ ، مجموعة أحكام النقض السنة ٣٢ رقم ٢٠٠ ص ١٠٧٣ ٠

٣ - ثالثا :الحيـــازة :

لقد تناول المشرع المصرى هـذا الطريق من طرق الاثبـــات فى المـادة ٩٦٤ مدنـى التى جـاء نصها على أن " من كــــان حائزا للحـق اعتبر صاحبه حتى يقوم الدليل على العكس"نستطيــع بنظـره عابره الى هـذا النص استخلاص قرينة قانونية غير قاطعة علـى أن المشرع اعتبر الحيازة المستوفيه لشروطها القانونية [1] دليـــلا على الملكية حتى يقوم الدليل على عكس ذلك • وتعتبر الحيازة مـــن أدله الملكية اليقينية • اذ هـى تفترض فى الحائز أنه المالك وينتقـل عبء الاثبات الى الخصم •

ب - طـرق الاثبـات الظنيـــة :

هـذه الطرق تعتبر قرائن قضائية من استخلاص مادرج عليه العمـــل فى المحاكم ، ومن ثم نعرض لها على حسب ترتيب قوتهـــا فـــى الاثبات •

أولا : سـند التمليـك :

يقصد به ورقة صادرة للخصـم تفيد ثبوت الملكية به • ولامجـال لبحث ما اذا كـان هذا السند صادرا من مالك أو غير مالك • فهـو بينـــى

(١) جعل المشرع الحيازة المادية قرينة غير قاطعة على الحيازة القانونيـــة (راجع تفصيلا المادة ٩٦٣ مدنى)

على الراجح المحتمل • وكل ذلك متروك لقاضي الموضوع ،ولما كـــان السند هـــو مجرد قرينة قضائيه فلا يشترط أن يكـون مســـــجلا أو ناقلا للملكية بل يصح أن يكـون كاشفا عنها [(١)] فيمكـــن للخصم أن يتمسك بعقد بيع أو هبه قرينة على الملكية [(٢)] •

ثالثا :المكلفـــة العقاريـــــة

يقصد بها المستخرج الصادر من مصلحة الضرائب العقارية الذى يفيـــد ربط هـــذه الضرائب باسم شخص معين ، فمن دون التكليف باسمه يستطيع أن يتخـــذ من ذلك قرينة قضائية على أنه هـــو المالك ، ولكنها قرينة قابلة لاثبـات العكـــس • وقد درجت أحكـام القضـــاء على اعتبار دفع ضرائب الأراضى الزراعيـــة والعوائد على المبانى مرد الخريطه المساحيه [(٣)] • وحـــدود العقار وعلامـــــات الحـــدود والحيازة غير المستوفيه لشروطها القانونية والاعلام الشرعى [(٤)] كلهـــــا قرائن قضائية قابلة لاثبات العكـــس •

تعارض طـــرق اثبات الملكية العقارية :

عندما يقوم المدعى برفع دعـــوي الاستحقاق ويقدم أدلة لاثبات دعـــواه

---

(١) راجع نقض مدنى١٩٥٦/٢/٢ مجموعة أحكام النقض البند ٧ص١٦٢ •

(٢) راجع استئناف مختلط ١٩٩٣/١/١٣ مجلة المحاماه العدد٣٢ الســـنة ١٩٩٣ص١٢٣ •

(٣) راجع نقض مدنى ١٩٥٥/١٢/٢٢ مجموعة المكتب الفنى فى٢٥ عاماص ٩٩٣ "لاتعتبر الخريطة المساحية دليلاللملكية وانما تعبر عن الواقع المادى

(٤) راجع استئناف مختلط ١٩٠٣/٢/١٧ المجلة السابقة ص١٤٧ والاعـــلام الشرعى ليس الا دليل على أنصبة الورثة وليس دليل ملكية •

ـ فان المدعى عليه أن يلجأ الى حيازته مستمدا منها قرينة على الملكية .فاذا استطاع المدعى أن يثبت تملكه العقار موضوع النزاع بالتقادم المكسب فان القاضى يحكم له بالملكية (١) . ولكن قد يقدم قرائن لاثبات دعواه كأن يستند الى ايصال دفع الضرائب العقارية أو عقد بيع ابتدائى مما يتعارض مع القرينة التى تقيدها الحيازة او مع قرائن غيرها . فهنا يجب على القاضى الترجيح بين القرائن المتعارضة . توصلا الى الحكم بالملكية لصاحب الحق الأفضل أو الأكثر احتمالا . وهذا التعارض يتخذ احدى صور ثلاثة هى : وجود سند ملكية لدى كل من الخصمين . وجود سند ملكية عند أحد الخصمين دون الآخر . عدم وجود أى سند ملكية عند أى من الخصمين . وسوف تعرض لكل صورة من هذه الصور الثلاثة على حدة . وقد وضع القضاء الفرنسى العديد من القواعد لحسم الخلاف عند تعارض هذه الأدله ـ مما يجدر بنا فى التطبيق القضائى المصرى أن نحذو حذوها . وخصوصا عندما تتشابه طروف الدعاوى . على أن يتقيد القاضى بما نص عليه المشرع المصرى فى المادة ٩٦٤ مدنى التى تقيم الحيازة قرينة على الملكية حتى يقوم الدليل على عكس ذلك .

وهذه الصور الثلاثة هى :

أولا : وجود سند ملكية لدى كل من الخصمين :

اذا قدم كل خصم فى الدعوى سندا ناقلا للملكية . وكان هذان السندان صادران عن سلف واحد . كأن كان عقدى البيع صادريين عن بائع

---

(١) راجع د/جمال زكى ،المرجع السابق ص ١٠٦ .

واحد . فان العبرة بأسبقية التسجيل [١] . أما اذا كان السندان صادرين عن شخصين مختلفين فان صاحب السند الأقدم هو الذى يفضل . والحكم له بالملكية تأسيسا على أن سند التمليك ينقل الحيازة الى صاحبة . ولكن محكمة النقض الفرنسية رفضت هذا الاتجاه له ، وقررت أن الحكم لأحد الخصمين في هذه الحالة يرجع الى تقدير قاضى الموضوع غير مقيد بضرورة تفضيل صاحب السند الأقدم . ولكن بعض الفقهاء [٢] ذهب الى التمييز بين فرضين :

الأول : تكون فيه حيازة المدعى عليه مستند فيه لشروطها القانونية أى أنها صالحة لكسب الملكية بالتقادم اذا طالت الى المدة اللازمة . فهنا يجب القضاء بالملكية للمدعى عليه . طالما أن كل خصم قدم سندا فقدتهاترت القرينتان المستخدمتان منهما . ولاتبقى الا القرينة القائمة على الحيازة ترجح ادعاء المدعى عليه . ومع ذلك اذا استطاع المدعى أن يقيم الدليل على أن سلفة كان يفوز على السلف الذى تلقى الحائز عنه سنده لو أن دعوى الاستحقاق قامت بينهما حكم له بالملكية دون الحائز .وذلك استنادا الى القاعدة التى تقضى " أنه لايجوز للسلف أن ينقل لخلفه أكثر مما له . وأما عن الفرض الثانى : تكون فيه حيازة المدعى عليه غير محققة أو معيبة . حين يرجع الى قاضى الموضوع ترجيح أدلة الخصمين . والحكم بالملكية لم يرجح أن يعتمد فى حكمه على القرينة المستمدة من أسبقية السند [٣] أو أى قرائن أخرى .

---

(١) راجع : بلانيول وريبير جـ٣ وبيكار فقرة ٣٠٧ .

(٢) راجع نقض مدنى فرنسى ١٩٠٧/١١/١٢ واللور ١٩٠٨ ــ ١ ــ ٣١٣ . وتعليق ريبير .

(٣) راجع : د/جمال زكى المرجع السابق ص ١٠٨ .

ثانيا : **وجـود سند ملكية لدى أحـد الخصمين فقـط :**

اذا كـان سـند الملكـية لـدى المدعـى عليه الذى يجمـع بيـن السند والحيـازة رفضت دعـوى الاستحقاق ويحكـم لـه بالملكية • أمـا اذا كان السـند لدى المدعى فى حيـن أن الحيازة لخصمه فهنا يجب المفاضلة بيـن السند والحيازة • كان القضـاء الفرنسـى يعطى الأفضلية للسند طالمـا كـان سابقا على بدء الحيـازة حتـى ولو كانت مستوفيه للشـروط القانونيـة وهنـا يحكـم القاضى بالملكية للمدعى (١) أما اذا كـان سند الملكية لاحقـا على الحيازة • وكانت هـذه سابقة فى بدايتها عليه • استرد قاضـى الموضـوع سلطته فى الترجيح طبقا لظـروف الدعـوى •

ثالثا : **عدم وجـود سند ملكية لدى أى من الخصمين :**

اذا لم يقدم المدعى سند ملكية يمحـو الحيازة التى تكـون قرينـة للمدعى عليه على المالك • واكتفـى بتقديم قرائن أخـرى مثـل ايصـالات سـداد الضرائب والعوائـد فانه يكـون خاسـرا لدعـواه • متى كانت حيـازة المدعـى عليه مستوفاة بشرائطها القانونيـة • أمـا اذا كـانت حيازة المدعـى عليـه غير مستوفاة لهـذه الشـروط • وأثبت المدعى حيازته السابقة للعقـار أو قـدم أدلة أخـرى ، فهنا يجـب على القاضى الموازنة بين آدلة كـل منهما ويقضى بالملكية لمـن هو صاحب الدليل الراجح •

---

(١) راجع : مـازو - دروس فى القانون المدنى فقـرة ١٤٦٣ •

آثار دعـــوى الاستحقاق :

اذاتمكن المدعى من اثبات ملكيته . فيجب على المدعى عليه رد الشيء ان كان موجودا وتوابعه ، واذا ملك الشيء أو توابعه فانه يلتزم بالتعويض . وقد يتفق المدعى عليه مصاريف لحفظ هذا الشيء فانه يثور التساؤل عمن يتحمل هذه المصاريف ، فاذا قام المدعى عليه برد الشيء وتوابعه لكان ذلك تنفيذا عينيا للالتزام . ولكن المسألة التى تكون جديره بالبحث وهى مسئولية المدعى عليه عن حالة هلاك الشيء. ومدى أحقية المدعى عليه فى استرداد المصاريف . وسوف نعرض لذلك فيما يلى :

مسئولية المدعى عليه عن هلاك الشيء :

وضع المشرع النظام القانونى لمسئولية المدعى عليه عن هذا الهلاك فى المادتيين ٩٨٣ - ٩٨٤ مدنى وبامعان النظر فى هاتين المادتين يتضح أن المشرع فرق بين الحائز حسن النيه والحائز سيء النيه وذلك على النحو التالى :

١ - مسئولية المدعى عليه حسن النيه :

نصت المادة ٩٨٣ مدنى على أنه " اذا كان الحائز حسن النيه وانتفع بالشيء وفقا لما يحسبه من حقه فلا يكون مسئولا قبل من هو ملزم برد الشيء اليه عن آى تعويض بسبب

هـذا الانتفاع • ولايكـون الحائز مسـئولا عما يصيب الشيء مـن هـلاك أو تلف الا بقـدر ما عاد عليه من فائدة ترتيب علـى هـذ الهلاك أو التلف " •

يتضح مـن هـذا النص أنه اذا كـان الحائز حسن النيه لايسـأل عن مقابل انتفاعـه بالشيء بالقياس على عدم الزامه برد الثمـار وهـو لايسأل أيضا اذا كـان الشيء ملك أو تلف حتى ولو كـان بتقصير منه • ذلك أنه من يحـوز الشـيء وهو يعتقد أنه مملـوك له لايكـون مطالبا بالمحافظـة عليه (١) وهو لايرد الى المالـك الا ماعاد عليه مـن منفعـه بسبب هـذا الهـلاك أو التلف • ويكون أساس المسئولية المدنية هنا الاثـراء بلا سبب • وقد حـدد المشرع وقت الاعتداد بحسن النيه وهو وقت اعلانه بعيوب حيازتـه فى صحيفة الدعـوى (٢) •

٢ ـ **مسئولية المدعى عليه سيء النيه :**

نصت المـادة ٩٨٤ مدنى (اذا كـان الحائز سيء النيه فانـه يكـون مسئولا عن هـلاك الشيء أو تلفـه ولو كـان ذلك ناشئـا عن حادث مفاجـيء الا اذا أثبت أن الشيء كـان يهلك أو يتلـف ولو كـان باقيا فى يـد من يستحقه " • يتضح مـن هذا النـص

---

(١) راجع :د/ البدراوى ، المرجع السابق ،ص ٢٩٨•

(٢) راجع :د/شفيق شحاته المرجع السابق ، ص ١٠٧، ١٣٣•

أن الحائز سيء النيه يتحمل تبعه الهلاك وهو يتحملها دون اعذار ولكنه يستطيع التخلص من المسئولية اذا أثبت أن الشيء كان حتما سيهلك حتى ولو كان في يد صاحبه • كأن يهلك الشيء بسبب الزلزال أو الفيضان ـ على أنه يلاحظ أن الحائز اذا كان هو السارق (١) للشيء فأنه في كل الأحوال يتحمل تبعه هذا الهلاك وذلك بنص المادة ٢٠٧/٣ مدنى •

٢ ـ استرداد المدعى عليه للمصاريف :

فرق المشرع في حق الحائز في استرداد المصاريف التى تكون قد أنفقت على الشيء بين المصاريف الضرورية وهى التى تلزم لحفظ الشيء وصيانته • والتى كان المالك مضطرا الى انفاقها لو أن الشيء كان باقيا في يده • فهذه المصاريف يحق للحائز استردادها سواء كان حسن النيه أم سيء النيه ـ وقد خول المشرع هذا الحق للحائز لأنها لازمة لحفظ وبقاء الشيء ولو كانت في يد المالك لكان أنفقها عليها • أما عن المصاريف النافعة وهى التى يترتب عليها زيادة منفعة الشيء كالتحسينات التى يدخلها الحائز على الشيء فان المشرع قرن هنا بين الحائز حسن النيه وسيء النيه وأجاز هذا في الحالة الأولى دون الثانية • ولنا عوده

---

(١) راجع نص المادة ٢٠٧/٣ مدنى " على أن الشيء المسروق اذا هلك أو ضاع بأية صورة كانت فان تبعه الهلاك تقع على السارق " •

تفصيلية الى ذلك عند الحديث عن آحكام الالتصاق [١] وأما عن المصاريف الكمالية فلا يجوز للحائز أن يطالب بشيء منها .

المطلب الثانى

عدم جواز نزع الملكية جبرا عن صاحبها الا بشروط

النص التشريعى :

نصت المادة ٨٠٥ مدنى على أنه " لايجوز أن يحرم أحد من ملكه الا فى الأحوال التى يقررها القانون وبالطريقة التى رسمها يوكون ذلك مقابل تعويض عادل " وقد كان لأصل هذا النص مبدأ دستورى نص عليه الدستور المصرى ابتداء من دستور ١٩٢٣ حتى الدستور المصرى الدائم فى عام ١٩٧١ وخصوصا فى المادة ٣٤ منه التى أكدت فى هذا النص " أن الملكية الخاصة مصونة فلا تنزع الا للمنفعة العامة ومقابل تعويض عادل وفقا للقانون " . ولما كانت دراسة نزع الملكية للمنفعة العامة تدخل فى دراسة أحكام القانون الادارى . فاننا سوف لا نتناول سوى مايخص الملكية الخاصة فى منازعاتها التى تعرض على القضاء العادى . ولما كان القانون المنظم لذلك هو القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٩ . وهذا القانون الأخير جاء نتيجة التطور الذى كان عليه القانون ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ . ومما هو جدير

(١) راجع أحكام المواد : ٩٢٤ـ٩٢٥ـ٢/٩٨٠ مدنى .

بالذكر أن المشرع جعل للمالك ثلاثة ضمانات لتأمين حصانة الملكية الخاصة.
نذكرها على النحو التالي :

أولا : **عدم جواز نزع الملكية الا فى الأحوال التى يقررها نزع الملكية :**

لقد أكدت محكمة النقض المصرية.[1] أن المادة ٣٤ من الدستور الدائم الصادر فى عام ١٩٧١ والتى قررت أن الملكية الخاصة مصونة فلا تنزع الا للمنفعة العامة ومقابل تعويض عادل وفقا للقانون . كما نصت المادة ٨٠ من القانون المدنى " أنه لايجوز أن يحرم أحد من ملكه الا فى الأحوال التى يقرها القانون وبالطريقة التى رسمها . ويكون ذلك فى مقابل تعويض عادل " ونصت المادة الأولى من القانون ١٠ لسنة ١٩٩٠ " يجرى نزع الملكية للعقارات اللازمة للمنفعة العامة والتعويض عنها وفقا لأحكام هذا القانون[2] ومؤدى ذلك أن يكون مصدر التزام الجهة القائمة بنزع الملكية بتعويض الملاك هو نص القانون . وليس العمل غير المشروع[3]. وذلك سواء التزمت تلك الجهة الاجراءات التى رسمها قانون نزع الملكية أو التفت عنها اذ أن نزع الملكية دون اتخاذ الاجراءات القانونية يؤدى الى الاستيلاء على ملك صاحب الشأن ونقل حيازته للدولة التى تقوم بتخصيصه للمنفعة العامة . فيتفق

(١) راجع نقض مدنى ١٩٨٤/٤/٢٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٥ص ١٠٦٨.

(٢) صدر هذا القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٩٠ ونشر فى الجريدة الرسمية العدد ٢٢ فى ١٩٩٠/٥/٣١ ويعمل به بعد شهر من تاريخ النشر أى من ١٩٩٠/٧/١.
وجاء نص المادة ٢٦ منه صراحة على الغاء القانون ٥٧٧ بسنة ١٩٥٤ بشأن نزع الملكية للمنفعة العامة .

(٣) راجع السنهورى الوسيط ج٨ طبعة نادى القضاه عام ١٩٩٠ ص ٨١٠.

فى غايته مع نزع الملكية باتخاذ الاجراءات القانونية • ومن ثم يستحق ذوى الشأن جميع مايرتبه القانون نزع الملكية من حقوق بما فى ذلك الحق فى التعويض يعادل الثمن يتقاضونه من الجهة القائمة بنزع الملكية • لقد شدد المشرع فى القانون ١٠ لسنة ١٩٩٠ الذى ألغى القانون ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ الذى ظل مطبقا حوالى نصف قرن من الزمان فى تحديد ما يعد من أعمال المنفعة العامة• فقد جرى نص المادة الأولى منه " أنه لايجوز نزع الملكية الا اذا كان تحقيقا للمنفعة العامة "• ثم جاء نص المادة الثانية من هذا القانون"••••• ويكون تقرير المنفعة العامة بقرار من رئيس الجمهورية " • وقد استثنى المشرع من هذا الحكم السابق فى المادة الثانية فقرة ثامنة • كما يجوز أن يشمل نزع الملكية فضلا عن العقارات اللازمة للمشروع الأصلى أية عقارات أخرى ترى الجهة القائمة على أعمال التنظيم أنها لازمة لتحقيق الغرض من المشروع أو لأن بقاءها بحالتها من حيث الشكل أو المساحة لايتفق مع التحسين المطلوب•

ويمكن أن نستخلص مما سبق أنه يجوز نزع الملكية الخاصة فيحالتين :

١ ـ الحالة الأولى :

عندما تريد جهة الادارة تحقيق منفعة عامة لانشاء الطرق والشوارع والميادين أو مشروعات الرى والصرف • ومشروعات المياه والصرف الصحى والطاقة وانشاء الكبارى والممرات أو أغراض التخطيط العمرانى• ومما هو جدير بالذكر أن المشرع فى المادة الثانية من القانون ١٠ لسنة ١٩٩٠ حدد مايعد من أعمال المنفعة العامة فى البند

من أولا حتى ثامنا مما يوحى أن هذا التحديد جاء على سبيل الحصر • الا أن المتفحص لنهاية النص يرى عكس ذلك فقد جاءت عبارة " ويجوز بقرار من مجلس الوزراء اضافة أعمال أخرى ذات منفعة عامة الى الأعمال المذكورة " • وهنا يقطع أن تحديد مايعد من أعمال المنفعة العامة لم يرد على سبيل الحصر • بل يجوز أن يضاف اليه أعمال أخرى بشرط صدور قرار من مجلس الوزراء بذلك •

٢ ـ الحالة الثانية :

عندما تريد جهة الادارة أن نزع الملكية لازم للتحسين أو التجميل • وهذا التحسين الذى نزع الملكية لتحقيقه اما أن يكون تابعا للمشروع المخصص للمنفعة العامة أو أن يكون مستقلا غير مرتبط بأى مشروع مخصص للمنفعة • ويكون نزع الملكية بقصد التحسين ويترتب على صدور القرار الجمهورى بتقرير المنفعة العامة انتقال ملكية العقارات اللازمة لتنفيذ المشروع للدولة • والتزام الجهة التى عهد اليها بتنفيذ اخطارات ذوى الشأن حتى يتمكن من معاينة تلك العقارات وتحديد التعويض المستحق لكل ذى شأن • والدولة وشأنها بعد ذلك فى تنفيذ المشروع فى الوقت الذى تراه •

ثانيا : وجوب اتباع الاجراءات التى نص عليها قانون نزع الملكية :

نصت على تلك الاجراءات المواد : ٥ الى ٧ من الباب الثانى والمواد ١٤ الى ١٦ فى الباب الرابع من القانون ١٠ لسنة ١٩٩٠ • وشملت هذه الاجراءات أربعة مراحل رئيسية هى :

أولا : تحديد المشروع المطلوب اعتباره من أعمال المنفعة العامة أو من أعمال التحسين :

ويصدر بذلك القرار الجمهوري اذا كان العمل من أعمال المنفعة العامة أو التحسين • أو قرار مجلس الوزراء اذا كان اضافة جديدة الى أعمال المنفعة أو التحسين الواردة فى المادة الثانية من القانون ١٠ لسنة ١٩٩٠ وبمجرد صدور القرار على هذا النحو يكون لمندوبي الجهة القائمة باجراء نزع الملكية الحق فى دخول العقار لاجراء العمليات الفنيه والمساحية ووضع علامات التحديد والحصول على البيانات اللازمة بشأن العقار •

ثانيا : حصر العقارات المطلوب نزع ملكيتها وعرض البيانات الخاصة بها :

تناول المشرع النص على ذلك فى المادة الخامسة من القانون ١٠ لسنة ١٩٩٠ • ويكون ذلك الحصر وتحديد البيانات بواسطة لجنة مشكلة من : مندوب عن الجهة القائمة بنزع الملكية وأحد رجال الادارة المحلية والطرق • وأوجب المشرع على هذه اللجنة أن تسبق أعمال الحصر • اعلانا بالموعد المحدد للقيام بعملها • يلصق هذا الاعلان فى مقر لوحة الاعلانات بالمقار الرئيسية لوحدات الادارة الملحية وفى مقر العمومية • كما يجب اخطار ذوى الشأن بذلك الموعد بخطاب موصى عليه بعلم الوصول • وعلى جميع الملاك وأصحاب الحقوق الحضور أمام اللجنة المذكورة فى موقع المشروع للارشاد عن ممتلكاتهم وحقوقهم • وأوجب المشرع على هذه اللجنة أن تحرر محضرا توضح فيه هذه الممتلكات واسماء الملاك وأصحاب الحقوق ومحال اقامتهم

من واقع الارشاد . ويكون التحقق من صحة البيانات المذكورة بمراجعتها على دفاتر المكلفات والمراجع الأخرى . ولكى تكون كشوف الحصر بها حجية أوجب المشرع توقيع أعضاء اللجنة وجميع الحاضرين على هذه الكشوف اقرارا منهم بصحة هذه البيانات الواردة بها . واذا امتنع أحد ذوى الشأن عن التوقيع أثبت ذلك فى المحضر مع بيان أسباب امتناعه .

ثالثا :نقل الملكية للعقارات المنزوعة الملكية :

نظم المشرع فى قانون ١٠ لسنة ١٩٩٠ فى المواد من ١٠ حتى ١٢ منه اجراءات نقل هذه الملكية وبالبحث الدقيق لهذه المواد فانه اذا لم يعترض أصحاب الشأن على كشوف الحصر وأصبحت نهائية . فيوقع أصحاب العقارات والحقوق التى لم تقوم بشأنها معارضات على النماذج الخاصة بنقل الملكية للمنفعة العامة . أما الممتلكات التى يتعذر فيها ذلك لأى سبب كان يصدر بنزع ملكيتها قرار من الوزير المختص وتودع النماذج أو القرار الوزارى فى مكتب الشهر العقارى المختص . ويترتب على هذا الايداع بالنسبة للعقارات الواردة بها جميع الآثار المترتبة على شهر عقد البيع . وقد رتب المشرع جزاء على عدم هذا الايداع بأنه اذا لم تودع النماذج أو القرار الوزارى خلال سنتين من تاريخ نشر قرار المنفعة العامة فى الجريدة الرسمية . هو اعتبار القرار كأن لم يكن بالنسبة للعقارات التى لم تودع النماذج أو القرار الخاص بها (١) . وقد نصت محكمة النقض المصرية فى حكم حديث تسببا لها (٢)

(١) لقد كان النص فى المادة ١٠ من القانون ٥٧٧ لسنة ١٩٦٤ يجعل الجزاء هو سقوط مفعول هذا القرار .

(٢) راجع نقض مدنى ١٩٨١/١١/١٢ مجموعة أحكام النقض المدنى السنة ٢٣ ص ٢٠١٩ رقم ٣٦٦ .

فى خصوص هذا الجزاء أنه وان كان المشرع يهدف بتحديد اجراءات نزع الملكية حماية المصالح الخاصة بأصحاب الحقوق فى تلك العقارات التى تأخر شهر نقل ملكيتها • ومن ثم فهو جزاء نسبى لايتعلق بالنظام العام • وبالتالى لايطرح على المحكمة الا بناء على طلب أصحاب الشأن فيه" غير أننا لانؤيد ماذهبت اليه هذه المحكمة باعتبار أن هذه الاجراءات وضعت لحماية الملاك ضد عسف الادارة • ومن ثم فهى اجراءات تتعلق بنظم التقاضى الأساسية وتتعلق بالنظام العام •

رابعا : **الاستيلاء المؤقت :**

تناول المشرع أحكام الاستيلاء المؤقت على العقار للمنفعة العامة فى المواد من ١٤ حتى ١٦ من القانون ١٠ لسنة ١٩٩٠ الوارد فى الباب الخامس من هذا القانون – وباستعراض هذه الأحكام نجد أن المشرع خول الجهة طالبة نزع الملكية الاستيلاء بالطريق المباشر على العقارات التى تقرر لزومها للمنفعة العامة • وذلك بقرار من رئيس الجمهورية أو من يفوضه بذلك • وينشر هذا القرار فى الجريدة الرسمية شاملا العقار واسم المالك الظاهر له • مع التنويه باعتبار القرار مخصصا للمنفعة العامة • وأوجب المشرع ابلاغ هذا القرار لذوى الشأن بكتاب موصى عليه بعلم الوصول ينبه عليهم فيه بضرورة اخلاء العقار مع اعطائهم مهلة لاتقل عن أسبوعين •ويترتب على نشر هذا القرار على النحو السالف بيانه اعتبار العقارات محل الاستيلاء مخصصة للنفع العام ويكون لذوى الشأن الحق فى تعويض مقابل عدم الانتفاع بالعقار وذلك من تاريخ الاستيلاء الفعلى الى حين دفع التعويض

المستحق عن نزع الملكية • ويتم تقدير هذا التعويض عن طريق لجنة (١) خلال شهر من تاريخ الاستيلاء • ولذوى الشأن الاعتراض على هذا التقدير بالطعن عليه أمام المحكمة الابتدائية • وأوجب المشرع أن يكون الاستيلاء مؤقتا والا تخول الى غصب محدد مدة الاستيلاء بأقصر مدتين هما : أما بانتهاء الغرض المستولى عليه من أجله أو بثلاث سنوات من تاريخ الاستيلاء الفعلى • واذا دعت الضرورة الى مد مدة الثلاث سنوات المذكورة وجب على الجهة المختصة أن تتخذ قبل مضى هذه المدة بوقت كاف اجراءات نزع الملكية • وفى هذه الحالة تقدر قيمة العقار حسب الأوصاف التى كان عليها وقت الاستيلاء وطبقا للأسعار السائدة وقت نزع الملكية •

ثالثا : تعويض المالك المنزوع ملكيته تعويضا عادلا :

تقوم الجهة القائمة بنزع الملكية باعداد كشف من واقع عملية الحصر التى تقوم بها هذه الجهة وأحد رجال الادارة المحلية والصراف توضح فيه التعويض الذى تم تقديره للعقار المطلوب نزع ملكيته • فاذا لم يعترض المالك على ذلك التقدير يتقاضى هذا التعويض المقدر • ويوقع نموذجا خاصا بنقل الملكية للعقار أو المنشآت للمنفعة العامة • ويودع هذا النموذج فى مكتب الشهر العقارى يترتب عليه بالنسبة للعقار جميع الآثار التى تترتب على شهر عقد البيع • وقد جعل المشرع تقدير هذا التعويض عن طريقة

---

(١) هذه اللجنة مشكلة طبقا للمادة ٦ من القانون ١٠ لسنة ١٩٩٠م من أربعة أعضاء •

اللجنة [١] المكونة من مندوب هيئة المساحة رئيسا وعضوية مندوب من مديرية الزراعة - والاسكان والضرائب العقارية . وقد حدد المشرع أسس التعويض بأن جعل تقدير التعويض وقت صدور قرار نزع الملكية للمنفعة العامة . والزم المشرع الجهة طالبة الملكية بايداع التعويض خزانة الجهة القائمة باجراءات نزع الملكية وذلك خلال مدة لاتتجاوز شهر من تاريخ صدور القرار. وأجاز المشرع بموافقة المالك أن يكون هذا التعويض تعويضا عينيا سواء كان كل التعويض أو بعض التعويض فى صورة أحد عقارات الدولة بدلا من العقار المنزوع ملكيته [٢]. ومما هو جدير بالاشارة اليه هنا أن التعويض المطالب به من المالك لايكون قبل الجهة طالبة نزع الملكية ولكن قبل الجهة القائمة باجراءات نزع الملكية اذا أوجب المشرع ايداع التعويض المقدر خزانة هذه الجهة الأخيرة . ومن ثم تلتزم هذه الجهة الأخيرة بتسليم التعويض الى ذوى المصلحة وحصولها على توقيعاتهم على النماذج المخصصة والمعدة لهذا الغرض . على خلاف اتباع قواعد واجراءات التسجيل العادية [٣] ولم يشأ المشرع جعل هذا التقدير للتعويض تقديرا تحكميا عن طريق لجنة تابعة لجهة الادارة لايسودها بالطبع مبدأ الحيدة بين الخصوم فجعل المشرع لذوى الشأن حق الطعن على تقدير هذا التعويض أمام المحكمة الابتدائية الكائنه

---

(١) راجع نص المادة ٦ من القانون ١٠ لسنة ١٩٩٠ .

(٢) راجع نص المادة ٢/٦ من القانون ١٠ لسنة ١٩٩٠ (عبدالمنعم دسوقى أحكام النقض ونزع الملكية فى ٦٠ عاما ص ١٥.

(٣) راجع د/السنهورى الوسيط جـ٨ المرجع السابق ص ٨٢٢.

بدائرتها العقار أو المنشأة المنزوع ملكيتها . وجعل لذلك ميعادا هو خلال أربعة أشهر من تاريخ انتهاء مدة عرض كشوف الحصر والتحديد الواردة فى المادة السابعة من القانون ١٠ لسنة ١٩٩٠ ومن هنا يمكن القول أن المشرع الغى اللجنة المخصصة بنظر هذه الطعون والتى كانت تشكل برئاسة أحد القضاة المحكمة الابتدائية فى القانون ٥٧٧ لسنة ١٩٦٤. وبرفع الطعن بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة الابتدائية نعيا على قرار تقرير اللجنة المنظمة طبقا للمادة السادسة من القانون ١٠ لسنة ١٩٩٠ وقد جعل المشرع الخصومة فى هذا الطعن منعقدة بين الجهة الطالبة نزع الملكية وذوى الشأن من الملاك وأصحاب الحقوق فقط . وأوجب نظر هذا الطعن على وجه السرعة . ونريد ايضاح الحقيقة هنا وهى أن المشرع لم ينص على جعل الحكم الصادر فى هذا الطعن انتهائيا بل يجوز الطعن فيه بالطرق المقررة حسب الأحوال الواردة فى قانون المرافعات (١) وهذه الاجراءات متعلقة بالنظام العام لايجوز الاتفاق على مخالفتها . اذ أنها تتعلق بنزع الملكية للمنفعة العامة . وقد قضت محكمة النقض المصرية فى حكم شهير لها (٢) أنه وان كان لايجوز لصاحب الشأن الالتجاء مباشرة الى المحكمة بطلب التعويض عن نزع الملكية الا أن هذا الحظر وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة مشروط

---

(١) راجع المادة ١٣ من القانون ٥٧٧ لسنة ١٩٦٤ فى شأن نزع الملكية للمنفعة العامة الملغى بالقانون ١٠ لسنة ١٩٩٠.

(٢) راجع نقض مدنى ١٩٧٨/٣/٢٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٩ ص ٧٠٧ .

بأن تكون الجهة نازعة الملكية قد اتبعت من جانبها الاجراءات التى أوجب القانون اتباعها لتقدير التعويض . فاذا لم تلتزم هذه الاجراءات فى المواعيد المحددة قانونا كان لصاحب الشأن أن يلجأ الى المحكمة المختصة للمطالبة بالتعويض المستحق " .

===========

الباب الثانـــى

القيود التى ترد على حق الملكيـــة

تمهـــيد :

نظـــرا لمـا لحـــق الملكية من أهمية خاصة فى القيام بالوظيفـــــة الاجتماعية داخـــل المجتمع الاشتراكى • فان انعكاســات هـــذا التأثير فرضـــت بعض القيـــود والتى سوف نـــرى أنها قيودا متنوعـــة• فالبعض منها تقـــرر للمصلحـــة العامـــة • والبعض الآخـــر تقرر للمصلحة الخاصـــة ، ومنها ماهـــو سابق على الحـــق فى التملك ذاته والكثير منهـــا يرجع الى علاقة الجوار• ســـواء كـــان الجـــوار بوجه عـــام • أو الرى والصرف من شرب ومجرى ومســـيل • أو التلاصق فى الجـــوار توضـــع الحدود بين الجيران المتلاصقين وحق المـــرور فى أرض الجـــار وحـــق فتح المطلات والمناور على ملك الجار • ولم يتفـــق الفقـــه على طريـــق معين لتنظيم هـــذه القيود •ومن ثم يأتى البحـــث فـــى هـــذا الباب منقسما الى فصلين • نعالج فى الأول القيـــود التى ترد علـــى حـــق التملك • ونعالج فى الثانـــى القيود التى ترد على حـــق الملكية ســـواء كان مقـــرار للمصلحة العامة أو الخاصة (١) وقيود الجـــوار• والقيود الاتفاقيـــة •

---

(١) راجع د/جمال زكـى ، الحقوق العينية الأصلية عام ١٩٧٢ ،ص٥١-٥٢•

الفصـــل الأول

القيود التى ترد على حق التملك

تمهـــيد :

الحق من التملك هو حق سابق على الملكية ذاتها . ولذلك ذهـب بعض الفقهـاء الى أن هـذه القيود لاتعتبر قيودا بالمعنى المقصود فى القانــون المدنــى (١) ولكننا سوف نعرض هذه القيود لأهميتها فى الناحية العمليـــــة . ويأتــى البحث فى هــذا الفصل منقسما الى المبحث الأول :يشمل القيـــــود الواردة فى القانون الاصلاح الزراعى ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ المعـدل ســـــواء بالنسبة لملكية الفرد أو ملكية الأسـرة للأرض الزراعية . والثانى :يشمل القيـود التى ترد على حق الأجانب فى تملك العقارات والأراضى الفضاء .

المبحـث الأول

القيود الواردة فى قانون الاصلاح الزراعى

الحـد الأقصــى للملكية الزراعية :

أحدث المشرع المصرى باصدار القانون ١٧٨ لسنة ١٩٥٢هـــزه آدت الى تحــول اقتصادى واجتماعى كبير . كبادرة أولى للتحولات السياسيـــة . وقــد وضع المشرع المصرى حــدا أقصى لملكية الفــرد و الأســرة .وســـــوف

(١) راجع د/جمال زكى الحقوق العينية الأصلية عام ١٩٧٢ص٥١ـ٥٢.

نعرض فيما يلى مراحل هـذا التحديد في القوانين المعدلة للقانون ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ .

١ - **المرحلة الأولى** : القانون ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ :

يعتبر هـذا القانون أول تشريع [1] سمى بقانون الاصلاح الزراعـى فقضت المادة الأولى منه " لايجـوز لأى شخص أن يتملك من الأراضى الزراعيـة أكـثر من مائتى فدان . وكل عقد يترتب عليه مخالفة أحكام هذا القانـــون يعتبر باطـلا ولايجـوز تسجيله " . كمـا جـاء نص المـادة الرابعة منـــه أيضـا "يجـوز للمالك أن يتصرف خلال خمس سنوات من تاريخ العمل بالقانون في الأطيـان الزائدة التـى لم يتم الاستيلاء عليها الى أولاده بما لايجـــاوز خمسين فدانا للولد الواحـد على ألا يزيد مجموع مايتصرف فيه لابنائه عـــن مائة فـدان " .

وبذلك يكـون الحـد الأقصى للملكية للمالك وأولاده فى ظل هـذه المرحلة يكـون قد وصل الى ثلاثمائة فـدان . وقـد أجـاز المشرع للمالـــك أن يتصرف فيما لم يستولى عليه الى فئتين هما :

١ - صغار الزارعين الذين يكونون في أهـل القرية التى تقع فى دائرتهـا العقار . وأن يكونوا مستأجرين أو مزارعين فى هذه الأرض المتصـرف فيها بشرط ألا يزيد كـل منهم عن عشرة أفدنة . وألا تزيـد الأرض فيها عن خمســة أفدنة [2] .

(١) راجع د/حمدى عبدالرحمن أحمد،القانون الزارعى ، ١٩٩٠ص١١٨ومابعدها

(٢) راجع د/حمدى عبدالرحمن ،المرجع السابق ص ١٢١ .

٢ - **خريجو المعاهد الزراعية :**

يجوز للمالك أن يتصرف لهؤلاء الخريجين بشرط أن تكون الأرض مزروعة حدائق وألا تزيد ملكية المتصرف اليه من الأراضى الزراعية عن عشرين فدانا ٠ وألا تزيد الأراض المتصرف فيها لكل منهم عن عشرين فدانا ولاتقل عن عشرة أفدنة ٠ وبشرط ألا يكون المتصرف اليه قريبا للمتصرف حتى الدرجة الرابعة ٠

٢ - **المرحلة الثانية :** القانون ١٢٧ لسنة ١٩٦١٠

نصت المادة الأولى من هذا القانون " لايجوز لأى فرد أن يتملك من الأراضى الزراعية أكثر من مائة فدان ٠ ويعتبر فى حكم الأراضى الزراعية مايملكه الأفراد من الأراضى البور والأراضى الصحراوية وكل تعاقد ناقل للملكية يترتب عليه مخالفة هذه الأحكام يعتبر باطلا و لايجوز تسجيله " ٠

يتضح مما سبق أن هذا القانون خفض الحد الأقصى لملكية الفرد فجعلها مائة فدان فقط وأضاف الأراضى الصحراوية والأراضى البور الى نطاق الحد الأقصى للملكية ٠ وهذه الأراضى كانت مستثناه من من ذلك الحظر ٠ وقد أغفل المشرع فى هذا القانون الحد الأقصى لملكية الأسرة والذى جاء به القانون ٢٤ لسنة ١٩٥٨ وهو ثلاثمائة فدان (١)،(٢) وقد قرر المشرع فى المادة الخامسة

(١) راجع د/حمدى عبدالرحمن المرجع السابق ص ١٢١٠

(٢) راجع القانون ٢٤ لسنة ١٩٥٨ ٠

من القانون ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ حق الدولة فى الاستيلاء على القدر الزائد عن الحد الأقصى فى مقابل تعويض يتحدد طبقا لهذا النص •

٣ - **المرحلة الثالثة** : القانون ٥٠ لسنة ١٩٦٩ "القانون الحالى" :

نصت المادة الأولى على أنه " لايجوز لأى فرد أن يتملك من الأراضى البور والصحراوية أكثر من خمسين فدانا كما لايجوز أن تزيد على مائة فادن من تلك الأراضى جملة ملكية الأسرة • وكل تعاقد يترتب عليه مخالفة هذه الأحكام يعتبر باطلا ولايجوز شهره" •

ثم جاءت المادة الثانية منه " فى تطبيق أحكام هذا القانون تشمل الأسرة الزوج والزوجة والأولاد القصر ولو كانوا متزوجين وذلك بمراعاة القواعد الآتيه : (أ) يحسب ضمن أسرة الزوج أولاده من زواج سابق • (ب) اذا كان الزوج متوفيا فتعتبر زوجته وأولاده القصر منه أسرة قائمة بذاتها مالم تكن الزوجة قد تزوجت بعده• فيعتبر هؤلاء القصر مكونين لأسرة مستقلة ، وتحسب الأسرة عند تطبيق أحكام هذا القانون على أساس الحالة المدنية لأفرادها التى كانوا عليها يوم ٢٣ يوليو ١٩٦٩ • كما لايعتد بالزواج الا اذا كان ثابتا بوثيقة رسمية حتى هذا التاريخ • وقد صدر القانون ١٤٣ لسنة ١٩٨١ موضحا الحد الأقصى للملكية فى الأراضى الصحراوية فاذا كانت هذه الأراضى تروى بالمياه الجوفيه أو استخدمت فى ريها الوسائل الحديثة كالرش أو التنقيط أو أى أسلوب آخر يعتمد على ضغط المياه فان الحد الأقصى يكون على النحو الآتى :

أ - تكون ملكية الفرد للأراضى الصحراوية ٢٠٠ فدان وللأسرة ٣٠٠فدان

ب - ١٠٠٠٠ فدان للجمعية التعاونية بحد أقصى ٣٠ فدان للعضو الواحد .

جـ - ١٠٠٠٠ فدان لشركات الأشخاص والتوصيه بالأسهم مع مراعاة الا يتجاوز الحد الأقصى للملكية للفرد ١٥٠ فدان .

د- ٥٠٠٠٠ فدان للشركات المساهمة وفى جميع حالات الشركات يجب ألا تقل ملكية المصريين فى الشركة عن ٥١٪ من رأسمالها وألا تزيد ملكية الفرد الواحد عن ٥٪ من رأس المال .

وأما اذا كانت الأرض تروى بأسلوب الرى السطحى الذى يتم الاتفاق عليه بين الوزير المختص بالاستصلاح وبين وزير الرى وكذلك الحال بالنسبة لأراضى البحيرات المجتمعة فان الحد الأقصى كون بحيث لا تجاوز نصف الحدود القصوى السابق الاشارة اليها بعاليه . ويضيف الأستاذ الدكتورحمدى عبدالرحمن (١) أن الحدود القصوى لتلك الأراضى الصحراوية ليست حقا للشخص طبيعيا كان أو معنويا . بل هى قيد على حرية التملك .

استثناءات مما سبق فى قانون الاصلاح الزراعى :

استثنى المشرع مايلى من تطبيق الحد الأقصى للملكية على النحو الذى سبق ايضاحة فى المراحل السابقة وهى خاصة بالأراضى الزراعية (هى :

---

(١) راجع د/حمدى عبدالرحمن ، المرجع السابق ص ١٢٧.

١ - الشركات والجمعيات المشتغلة باستصلاح الأراضى الزراعية .

٢ - الشركات الصناعية .

٣ - الجمعيات الزراعية العلمية .

٤ - الجمعيات الخيرية .

٥ - الدائن الراسى عليه المزاد .

٦ - الوقف .

=========

المبحث الثانى

قيود على حق الأجانب فى التملك

النص التشريعى : القانون ٥٦ لسنة ١٩٨٨

لقد كان القانون المنظم لهذه القيود هو القانون ٨١ لسنة ١٩٧٦ ثم حل محله القانون الحالى ٥٦ لسنة ١٩٨٨ . وسوف نعرض لحظر تملك غير المصريين للعقارات المبنية والأراضى الفضاء . فقد نصت المادة الأولى من القانون ٥٦ لسنة ١٩٨٨ " مع عدم الاخلال بأحكام القانون ٤٣ لسنة ١٩٧٤ والخاص بنظام الاستثمار يكون تملك غير المصريين سواء كانوا أشخاصا طبيعيين أم اعتباريين للعقارات المبنيه والأراضى الفضاء فى جمهورية مصر العربية أيا كان سبب الملكية عدا الميراث وفق أحكام هذا القانون (١) ويقصد بالتملك فى نطاق أحكام هذا القانون الملكية التامة والرتبة وحق الانتفاع . ويعتبر حكم التملك فى تطبيق أحكام هذا القانون الايجار الذى تزيد مدته على خمسين عاما . ويقصد بالعقارات المبنية والأراضى الفضاء فى تطبيق أحكام هذا القانون المبانى والأراضى ولو لم تكن خاصة لأحكام ١١٣ لسنة ١٩٣٩ فى شأن ضريبة الأطيان . أو القانون ٥٦ لسنة ١٩٥٤ فى شأن الضريبة على العقارات المبنية . وتعتبر فى

---

(١) نشر هذا القانون فى الجريدة الرسمية العدد ١٤ مكرر ١٩ أبريل عام ١٩٨٨ ونصت المادة ٩ منه على الغاء القانون ٨١ لسنة ١٩٧٦

تطبيق أحكام هذا القانون شركة غير مصرية أية شركة آيا كان شكلها القانونى • لايملك المصريون أغلبية رأسمالها • ولو كانت قد أنشئت فى مصر طبقا لأحكام القانون المصرى •

قيود الحظر على تملك الأجانب لهذه العقارات :

يجوز لغير المصريين سواء كانوا أشخاصا طبيعيين أم اعتباريين تملك العقارات المبنيه أو الأراضى الفضاء بالشروط الآتيه :

١ - **الحصول على موافقة رئيس مجلس الوزراء :**

٢- أن يكون التملك لعقار واحد في احدى المدن أو المصايف أو المشاتى بقصد السكنى الخاصة له ولأسرته • وذلك دون الاخلال بحق تملك العقارات اللازمة لمزاولة النشاط الخاص المرخص به من السلطات المصرية ويقصد بالأسرة الزوجان والأبناء القصر وعلى ذلك يقع باطلا شراء الأجنبى أو تملكه لأكثر من عقار فى احدى المدن أو المصايف أو المشاتى بقصد السكنى الخاصة له ولأسرته • ويجوز له شراء أكثر من عقار طالما كان ذلك لمزاولة النشاط المرخص به من السلطات المصرية • كشراء مبنى بقصد اقامة مصنع أو اتخاذه كمقر لشركة •

٣ - الا تزيد مساحة العقار المبنى بملحقاته أو الأرض الفضاء على ثلاثة آلاف متر مربع • والملحقات هى كل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء •وذلك طبقا لماتقضى به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين •

٤ ـ ألا تكـون ملكية العين حصة شائعة مع مصـرى .

٥ ـ ألا يكـون العقار من العقارات المعتبرة أثرا فى تطبيق أحكـام القانون الآثـار .

٦ ـ أن يحـول عن طريق أحـد بنوك القطاع العام التجارية نقـدا أجنبيا قابلا للتحويل بسعر السوق المصرفية الحرة للنقد الأجنبـى يعادل الثمن الفعلى الذى يمتلك به العقار . ويسترشد فـى تقدير هذا الثمن بالثيمة المبينه فى المحرر . وبالجدول الذى يضعه يضعه لهذا الغرض وزير العدل بالاتفاق مـع وزير الاسكان .ويكـون حساب قيمة العملة الأجنبية بالنسبة للجنيه المصرى فى وقت ثبـوت تاريخ الصرف . فاذا لم يكن التصرف ثابت التاريخ يكون حسابهـا فى تاريخ تقديم طلب شهر الصرف ولمجلس الوزراء أن يضع شروطـا وقاعد خاصة بالتملك فى المناطق السياحية والمجتمعات العمرانيـة الجديدة التى يحـددها . كمـا يجـوز لمجلس الوزراء خلال سـنة من تاريخ العمل بهذا القانون استثناء حالات التصرف لغير المصريين فى العقارات المبنية والأراضى الفضاء الثابته التاريخ قبل العمل بـه مـن بعض أو كـل الشروط الواجب توافرها للتملك . عدا الشـرط الخاص بالعقارات المعتبرة أثرا بموجـب قانون حمايـة الآثار. وطبقـا لنص المـادة الخامسة من القانـون فانه لايجـوز لغير المصرى الذى أكتسب ملكية عقار أن يتصـرف فيه بأى وجـه من وجوه التصرفـات الناقلة للملكية قبل معنى خمس سـنوات مـن تاريخ اكتساب الملكيـة ومع ذلك يجـوز لمجلس الـوزراء فى حالات الضرورة التى يقدرهـا الاذن بالتصـرف فى العقار قبل مضـى هـذه المدة .

الفصل الثاني

القيود القانونية التي ترد على الملكية ذاتها

تمهيد :

أورد المشرع المصرى فى المادة ٨٠٦ مدنى النص الآتى " على المالك أن يراعى فى استعماله لحقه ماتقضى به القوانين والمراسيم واللوائح المتعلقة بالمصلحة العامة أو بالمصلحة الخاصة ..... الخ النص ".

ويتضح من هذا النص أن المشرع المصرى يجعل القيود التي ترد على حق الملكية نوعان هما : قيود تتعلق بالمصلحة العامة وقيود تتعلق بالمصلحة الخاصة . ومن ثم يأتى البحث فى هذا الفصل منقسما الى ثلاثة مباحث الأول يشمل . القيود القانونية التى تتعلق بالمصلحة العامة ،والثانى :القيود القانونية التى تتعلق بالمصلحة الخاصة ، والثالث : القيود الاتفاقية .

المبحث الأول

القيود القانونية التى تتعلق بالمصلحة العامة (١)

سبق أن ذكرنا أن المشرع المصرى فى المادة ٨٠٦مدنى المشار اليها بعاليه حد من سلطات المالك فى استعمال حق الملكية بما تفرضه القوانين والمراسيم واللوائح المتعلقة بالمصلحة العامة أو الخاصة . ثم جاء نص المادة

(١) راجع د/محمد كامل مرسى فقرة ٢٢١جزء أول تضيف القيود التى تتعلق بالمصلحة العامة " .

٨٢٢ مدنى " على أن المصانع والآبار والآلات التجارية وجميع المحال المضرة بالجيران يجب أن تنشأ على المسافات المبينه فى اللوائح وبالشروط التى تعرضها" وهذا النص يعتبر تطبيقا للنص السالف الذكر وهو المادة ٨٠٦ مدنى. ولما كانت القيود التى تتعلق بالمصلحة العامة لاتقع تحت حصر. بل وردت فى قوانين ومراسيم خاصة ومن ثم لايمكن جمع شتاتها . بل نذكر على النحو التالى أهمها شيوعا فى الناحية التطبيقية .

أولا : **المحلات المقلقة للراحة والضارة بالصحة :**

نصت المادة ٨٢٢ مدنى على أن " المصانع والآبار والآلات التجارية وجميع المحال المضرة بالجيران يجب أن تنشأ على المسافات المبينة فى اللوائح وبالشروط التى تعرضها " . ويعتبر هذا النص تطبيقا للمادة ٨٠٦ مدنى الذى يوجب على المالك أن يراعى فى استعمال حقه ماتقضى به التشريعات الخاصة المتعلقة بالمصلحة العامة (١) . وذكر فى هذا النص المصانع والآبار والآلات التجارية كأمثلة على المحال الضارة بالجيران والتى تجمعها عبارة " المحال المقلقة للراحة أو المضرة بالصحة العامة أو الخطرة " وقد صدر بشأنها القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٠٤ . ولقد تناول نص المادة الأولى من هذا القانون وجوب قيد الحصول على من جهة الادارة مقدما لانشاء مثل هذه المحال أو تشغيلها أو احداث تغيير من شأنه تعديل كل فيما يتعلق بالراحة وبالصحة العامة والأمن العام . ثم جاء نص المادة الرابعة من

(١) راجع د/جمال زكى ، المرجع السابق ص ٥٢ فقرة ٣٢.

هـذا القانون أيضا ووضع اشتراطات ومواصفات تتحتم مراعاتها في انشاء هـذه المحـال . وهدف منها الى المحافظة على صحة الجمهور ووقايته وسـلامته وراحته (١) وقد أوجبت المـادة الثالثة من اللائحة التنفيذية لهذا القانـون على الملاك اتباع أوامر الادارة فيما يتعلق بتحديد ماتراه ضروريا من الأحكـام والاجراءات الخاصة فيما يتعلق بأوضاع المحـل الداخلية والآلات المستعملة فيـه وكيفية التشغيل والساعات التي يمكـن العمـل فيها حرصا على المترددين عليها أو القائمون على العمل بها . هـذا وقد صدر القانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٤٩ بشأن اجازة تحـديد مناطق صناعية في المدن ومجاوراتها . وقد جـاء نـص المادة الأولى منه أنه " يجـوز في المدن ومجاوراتها أن تحـدد منطقة أو أكثـر تخصص دون غيرها لما ينشأ أو يدار من المصانع والمعامـل والورش وغـير ذلك من المحـال المقلقة للراحة أو المضرة بالصحة أو الخطـرة التي تعين بقـرار مـن وزير الصحة بالاتفاق مـع وزير التجارة والصناعة " .

ثانيا : **الآلات البخـارية :**

لقد تناول المشرع القيود التي ترد على حق تركيب الآلات البخاريـة في الأمـر العالى الصادر في ٥ نوفمبـر ١٩٠٠ والذي تناوله بالتعديل القانوني ٨٩ لسنة ١٩٣٧ ـ والذي اشترط الحصـول على ترخيص من جهـة الادارة لتركيب آله بخاريه . أو لاحداث تغيير كلى في الآله البخاريه المرخص بهـا .

---

(١) راجع حكم محكمة القضاء الاداري بمجلس الدولة المصري ٢٧/١٢/٤٩ مجموعة أحكام مجلس الدولة .

أو لترميمها ترميما شاملا من شأنه تعديل فى كيفية التشغيل . أو نقلها لاسم شخص آخر أو لنقلها من مكان الى آخر وذلك حرصا على الراحة والأمن العام والصحة . وفيما يتعلق بالآلات الرافعة للمياه فقد صدر بشأنها القانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٥٦ والقانون ٣٥٨ لسنة ١٩٥٦ . وموجب أحكام هذا القانون أنه حظر اقامة الالات رافعة للمياه كالتى تدار بواسطة الماشية مثل الساقية أو التابوت لرفع مياه النيل أو من أحد المجارى العامة أو الخاصة ذات الانتفاع للمشترك أو لتصريف مياه الصرف فى البحيرات أو النيل بغير ترخيص من تفتيش الرى . كما حظر أيضا بغير ترخيص من الرى ادارة أو تشغيل آلات تدار بالطرق الميكانيكية لرفع المياه من النيل أو أحد المجارى العامة أو الخاصة (١) .

ثالثا : قيود تتعلق بنواحى الزراعة :/

لقد خول المشرع وزير الزراعة بموجب أحكام القانون ٥٣ لسنة ١٩٦٦ سلطات معينه من شأنها تنظيم السياسة العامة للدولة فى خصوص خدمة الاقتصاد الوطنى . فأجاز لوزير الزراعه أن يحدد مناطق لزراعة حاصلات زراعية معينه أو لزراعة أصناف معينة دون غيرها من الحاصلات الزراعية أو أن يحظر زراعة حاصلات معينه فى مناطق معينه . كما لو تنظم الدورات الزراعية على مستوى القرية أو على مستوى آخر . كما خوله أيضا تحديد طرق زراعة الحاصلات ومعدلات التقاوى وأنواع الأسمدة ومعدلاتها وكذلك

---

(١) راجع: د/السنهورى الوسيط جـ٨، المرجع السابق ص ٨٣٨ .

معاملاتها الزراعية من خدمة ورى وتسميد • ومن أخص مايرد على منع بعض الزراعات هي زراعة الدخان الذى تناولها المشرع فى الأمر العالى الصادر فى ٢٥ يونية ١٨٩٠ • ويرجع سبب ذلك المنع الى أسباب تتعلق بحق الخزانة العامة • اذا هى تعتمد فى ايرادتها على الرسوم الجمركية للواردات من الدخان والشباك الى مصر (١) كما أصدر المشرع القانون ٤٢ لسنة ١٩٤٤ والذى يمنع زراعة نباتات الخشخاش لأسباب صحية •

رابعا : **قيود تتعلق بحماية الآثار التاريخية :**

نظم المشرع المصرى حماية الآثار التاريخية فى القانون ٢١٥ لسنة ١٩٥١ فجاء نص المادة السابعة منه ". لايجوز للهيئات أو الأفراد بحثا عن الآثار ولو كانت مملوكة لهم الا بترخيص صادر بقرار من وزير المعارف العمومية بعد أخذ رأى المصلحة المختصة وبعد التحقق من توافر الضمانات العملية والفنيه والمالية وغيرهم فيها " •

ولما كانت الآثار تعتبر فى الأصل من الأموال العامة فكل من يعثر ولو مصادفة فى ملكه الخاص على أثر منقول أو عقارى على سطح الأرض أو فى باطنها • يجب عليه الابلاغ فى الحال فان يتسلمه للسلطة المختصة •والا اعتبر مستوليا على ذلك الأثر بغير ترخيص (٢) • وقد حدد المشرع المصرى

---

(١) راجع السنهورى الوسيط جـ ٨ ص ٨٤١ •

(٢) راجع نص المادة ٣٠ من القانون ٢١٥ لسنة ١٩٥١•

المادة ٢٢ من قانون الآثار التي تعتبر مملوكة ملكية خاصة • وقد أورد قيودا على هذه الملكية الخاصة لصالح النفع العام ونذكر هذه القيود فيما يلي:

١ - يجب على مالك الأثر العقارى المسجل أنه يبلغ الوزارة المختصة عن كل تصرف فيه خلال خمسة عشر يوما من تاريخ التصرف•

٢ - لايجوز نقل أى أثر الى آية جهة داخل الدولة المصرية الا بعد اخطار المصلحة المختصة • ولايجوز تصديره الى الخارج الا بترخيص من الوزير المختص بعد موافقة المصلحة المختصة •

٣ - يجوز للوزير المختص أن يصدر قرار بالاستيلاء على أى آثر منقول اذا رأت المصلحة المختصة أن للدولة مصلحة فى اقتنائه • وذلك فى مقابل تعويض يمنح لمالك الأثر تقدم لجنة خاصة • وللمالك المعارضة فيه أمام المحكمة الابتدائية المختصة وذلك خلال ثلاثين يوما من تاريخ ابلاغه الى المالك بكتاب موصى عليه مع علم الوصول (١) .

٤ - اذا تقرر تسجيل أى أثر منقول مملوك لفرد ما أو هيئة • يعتبر هذا الفرد أو تلك الهيئة حائزا للأثر ومسئولا عن المحافظة عليه وعدم احداث أى تغيير فيه • ولايجوز نقله أو التصرف فيه الا بالقيود المشار اليها سلفا •

---

(١) راجع نص المادة ٢٧ من القانون ٢١٥ لسنة ١٩٥١•

المبحث الثانى

القيود القانونية الى ترد على الملكيـــة للمصلحة الخاصــة

تمهـــيد :

أورد المشرع العديد من القيود القانونية قررها للمصلحة الخاصـــة أى لصالح الأفـراد وإن كانت تنعكس على المصلحة العامـة بطريقة غير مباشـرة والمصلحة العامة تملى على المشـرع مراعاة هـذه القيـود للصالح الخاص (١) ومن أمثلتهـا القيود المتعلقة بالمياه والقيـود التى تتقرر لصالح الجيران والقيـــود المتعلقة بالتلاصق فى الجـوار والقيود المتعلقة بالمرور • ومن ثم يأتى البحـث هنـا منقسما الى أربعة مطالب هى : القيود التى تتعلق بمضار الجوار غيـــر المألوفة • القيود التى بالرى والصرف ـ القيود التى تتعلق بالمرور ـ القيـــود المتعلقة بالتلاصق فى الجـوار على النحـو التالى :

المطلب الأول : مضار الجـوار غير المألوفة

المطلب الثانى: قيـود تتعلق بالـرى والصـرف

المطلب الثالث: قيـود تتعلق بالمـــرور

المطلب الرابع : قيـود تتعلق بالتلاصق بالجـوار •

---

(١) راجع د/جمال زكـى ،المرجع السابق ص ٦٥ •

المطلـب الأول

القيود المتعلقة بمضار الجوار غير المألوفة (١)

مضـار الجـوار غير المألوفة :

لقد عالج المشرع المصرى فى المادة ٨٠٧ مدنى التى نصت " علـى المالك ألا يغلو فى استعمال حقه الى حد يضر بملك الجوار " (وهو) المبدأ العـام فى استعمال حـق الملكية • ثم فرق بين مضـار الجـوار المألوفة التى لايمكـن تجنبهـا • وهـى لاتجيز للمالك أن يرجع من آجلها بالتعويض على المالـك وبين المضار غير المألوفة التى آجيز للجار طلب ازالتها • ووضع ضابطا للتمييـز بين المضار المألوفة وغير المألوفة هـو أن يتعين مراعاة العرف وطبيعـة العقارات وموقع كل منها بالنسبة للآخـر والغرض الذى خصصت له (٢) •ولقـد عبر الفقـة الفرنسى (٣) عن ذلك بالقـول بأن مجاوزة الضرر المألوف مسألـة نسبية • فما يعتبر ضررا مألوفا على الجـار تحمله فى ضاحية صناعية أو حـى تجارى صاخب قد يعتبر غير مألوف يوجـب الحكم للمضرور بالتعويض اذا وقـع فـى منطقة هادئة مخصصة للسكنى الراقى • ولايمكـن القول بعدم جـواز التعويـض

---

(١) راجـع د:توفيق حسن فرج ،الحقوق العينية الأصلية طبعة نادى القضاه عام ١٩٨١ ص ١٠٤•

(٢) راجع د/جمال زكـى ،المرجع السابق ص ٦٧•

(٣) راجع بلانيول وريبير وبيكـار جـ ٣ ص ٤٤٦ •

في حالة الضرر غير المألوف استنادا الى نظرية استعمال الحق • نظرا لانعدام الخطأ اذ يسعى صاحب الحق الى تحقيق مصلحة جدية مشروعة في استعماله لحقه حسن النية وقد كان القضاء المصرى يجرى على تطبيق هذا المبدأ دون نص قبل صدور التقنين المدنى الجديد حتى وجد شافيه في نص المادة ٨٠٧ مدنى سالف الذكر •

أساس وشروط المسئولية عن مضار الجوار غير المألوفة :

فقد أورد المشرع المصرى في المادة ٨٠٧ مدنى نصا يقرر مسئولية المالك متى توافرت شروط معينه • وقد دفع المشرع المصرى فكرة حسن الجوار في هذا الصدد الى مصاف الالتزامات القانونية • وبذلك يترتب على الخروج عليها مسئولية الجار قبل جاره • ذلك أن المالك اذا كان في استعماله لملكه يقوم بمضايقات لجيرانه كانت تلك المضايقات ضررا يجاوز مايقضى به العرف الذى يجب أن يتحمله الجيران • ومن ثم يلتزم بالتعويض • وباستعراض نص المادة ٨٠٧ مدنى نجد أنه نص على مايلى : "على المالك ألا يغلو في استعمال حقه الى حد يضر بملك الجار وليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة التى لايمكن تجنبها وانما له أن يطلب ازالة هذه المضار اذا تجاوزت الحد المألوف على أن يراعى في ذلك العرف وطبيعة العقارات • وموقع كل منها بالنسبة للأخر • والغرض الذى خصصت له • ولايحول الترخيص الصادر من الجهات المختلفة دون استعمال هذا الحق " •

يتضح من هذا النص أن يتعين توافر شروط معينه لمساءلة

المالك عن هذا الضرر غير المألوف ويرجع البعض هذه الشروط كلها الى فكرة العلو فى استعمال المالك لحق ملكيته • ومعنى الغلو هنا هو أن يصيب المالك فى استعماله لحق ملكيته الجار بضرر غير مألوف [١] ونعرض فيما يلى لهذه الشروط ثم للجزاء الذى يترتب على مضار الجوار غير المألوفة • وأثر الترخيص الادارى على مساءلة المالك بالنسبة لمضار الجوار غير المألوفة •

شروط المسئولية :

لكى تتحقق المسئولية يجب أن يرتكب المالك خطأ وأن ينشأ عنه ضرر للجار •

١ - ركن الخطأ فى حق المالك :

لايقصد بالخطأ هنا الخطأ العادى • اذ أن القواعد العامة فى المسئولية لاتطبق • ولكن المقصود هنا هو أن المالك لم يقصد الاضرار بالغير • اذ المالك رغم قيامه بكافة الاحتياطات التى تعرضها القوانين واللوائح يعد متجاوزا فى استعماله الحدود المألوفة لحقه بين الجيران • أى أن هناك غلو فى استعمال الحق • فالخطأ هنا يأخذ وضعا خاصا [٢] يتمثل فى غلو المالك فى

---

(١) راجع د/جمال زكى ، المرجع السابق ص ٦٥•

(٢) راجع د/توفيق فرج المرجع السابق ص ١٠٦ •

استعمال حقه غلوا يترتب عليه اصابة الجار بضرر. هذا الغلو في الواقع يعتبر خروجا على الحدود المسموح بها في استعمال الحق وبالتالي يعد الخطأ موجبا للمساءلة وبالتالي التعويض .

٢ - ركن الضرر :

لايكفي أي ضرر يلحق الجار كي تتحقق المسئولية . بل يتعين أن يكون الضرر غير مألوف . فالضرر الموجب للتعويض في جملة القول هو الضرر غير المألوف أو غير العادي . على الا ينظر في تقدير صفته الى الضرر في ذاته وإلا لما أمكن على الاطلاق مساءلة أصحاب المصانع عن الأضرار التي تلحق بالجيران من مصانعهم لأن الاستغلال الصناعي أصبح الآن أمرا عاديا أو مألوفا . بل يراعى في تقديره الظروف التي تحيط به . والضرر غير المألوف هو الذي لم يعتاد الجيران تحمله في منطقة محددة ووقت معين . ويمكن القول بناء على ذلك . بأن المالك لايستعمل حقه وفقا للظروف العادية التي تحيط بالعقار الذي يملكه في العصر الذي يعيش فيه . يلتزم بتعويض الضرر الذي يحدثه . لأنه بالاستعمال غير العادي أو غير المألوف لحق الملكية . يهدم التوازن القائم في علاقاته بجيرانه . ومن هنا يظهر القيد الذي فرضه القانون في المادة ٨٠٧ مدني على حق الملكية لمصلحة الجيران . ولكن يحق لنا طرح هذا التساؤل متى يعتبر الضرر غير مألوف حتى تتحقق المساءلة للفاعل ؟.

لقد وضع المشرع المصرى كما سبق القول ضابطا استعان به فى تحديد الضرر غير المألوف فى نص المادة ٨٠٧ مدنى على أن " يراعى فى ذلك العرف وطبيعة العقارات وموقع كل منها الى الآخر والغرض الذى خصصت له " . فما يعتبر ضرر مألوفا من ناحية مكتظة بالمصانع والمقاهى والمحلات العامة . يعتبر ضررا غير مألوف فى ناحية هادئة مخصصة للسكنى فقط. وعلى هذا اذا مافتح محل مقلق للراحة وسط سكن هادىء كان هذا ضرر غير مألوف (١) والأمر فى تقدير ذلك كل يرجع الى قاضى الموضوع يقدره فى كل حالة على حده فى ضوء الظروف المشار اليها فى عجز النص سالف الذكر . وفى رأينا أن هذا التقدير لايدخل فى السلطة الموضوعية . بل هو من مسائل القانون التى يخضع فيها القاضى لنطاق الرقابة القانونية لمحكمة النقض طالما كانت هناك أسس يتعين عليه الاسترشاد بها . . ولما كان الأمر كذلك من أن الضرر يختلف من شخص الى آخر . فالضوضاء التى لا أثر لها على شخص هو موفور الصحة . أو تاجر يخلو فى منزله الى نوم عميق . قد تكون غير محتملة لشخص ذو مزاج عصبى . أو شخص من ذوى الأعمال التى تحتاج الى تفكير عميق مثل الأستاذ الجامعى أو القضاه تمنعه هذه الضوضاء وهذا الصخب من

---

(١) المذكرة الايضاحية للقانون المدنى. مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ ٦ ص ٣٢ .

التركيز فى عمله • فما أثر هـذا الاستعداد الشخصى • وكذلـك ما أثر أسبقية هـذا النشاط الصاخب على حـق المضرور مـن هـذا النشاط • هاتين المسألتين جديرتان بالبحث عنهمـا :

أ ـ **دور الاستعداد الشخصى فى تحديد الضرر :**

انقسم الفقه الفرنسى حول الاعتداد بالظروف الشخصية للمضرور لالـزام الفاعل بالتعويض • فمنهم من رفض [١] الاعتداء بهذه الظـروف الشخصية للجـار فى الاعتبار لهذا الضرر باعتباره غير مألوف • بينمـا ذهب البعض الآخـر [٢] الى التفرقة بين الظروف العادية وغيـر العادية • فى الحالة الأولى لايعتبر الضرر غير مألوف وانمـا يعتبر كذلك فى الحالة الثانية • ورتب بذلك المساءلة فى الحالـة الثانية • ولكـن القضاء الفرنسى [٣] اعتد بالظروف الشخصية الذاتيـة وقضى لصاحب المستشفى الخاص وللمصاب فى العمليات الحربية أن يتضرر من دخـان المصانع أو ضوضائها • رغم أنهما أكثر تأثرا بهمـا مـن غيرهما • وللجـار الذى تقتضى مهنته أقصى درجات الهدوء أن يتضـرر من الضجيج الذى يصـدر عن كازينو يجاوره وهـذا الـرأى هو الذى يجب التعويل عليه لأن التزامات الجـوار تستند الـى

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار جـ ٣ ط ٢ ـ راجع الأحكـام المشار اليهـا هامش ٤ ص ٤٦٦ •

(٢) ديمـوج جـ ٤ ـ أو برى وردواسمان جـ١ طـ٦ ص ٤٦٧•

(٣) مـازو ، دروس فى القانون المدنى ص ١٣٤٣ ، وراجع الأحكـام المشار اليها فيه •

نصوص صريحة فى القانون المصرى • وان كان الفقه المصرى (١) يجمع على الأخذ بالتفرقة بين الظروف الشخصية الاستثنائية والعادية فلا اعتبار لحالة الجار الذاتيه كأن يكون مريضا أو مشتغلا بأعمال تقتضى الهدوء • وانما العبرة بحالة الشخص المعتاد وهو من أوساط الناس يزعجه مايزعج الناس عادة ويتحمل ماجرى العرف بتحمله فيما بين الجيران • فيقاس على هذا الشخص كل جار فيما يعد ضررا غير مألوف بالنسبة اليه ولو كان هذا الجار يحتمل أكثر مما يتحمله الشخص المعتاد فيكون له الغنم أو كان أقل مما يحتمل الشخص المعتاد فيكون عليه الغرم وذهب البعض الى أن سلامة هذا الرأى محل شك (٢) وأننا نفضل عدم الأخذ بهذه التفرقة حتى لانترك المجال للاجتهاد الشخصى لقاضى الموضوع • اذ فى كثير من الأحيان يشوب الأحكام التعسف فى الاستنتاج •

اعتبا

ب - أسبقية الاستغلال :

يقصد بأسبقية الاستغلال أن يكون شخص ما أعد منزلا ليكون مستشفى بجوار مصنع قائم من قبل هذا الاعداد • فهل لصاحب المستشفى أن يتضرر من الضوضاء التى يحدثها هذا المصنع ؟•

---

(١) السنهورى فقرة ٤٢٩ - عبدالفتاح عبدالباقى فقرة ٨٦ - الصدة فقره ٥٧ - محمد على عرفه فقرة ١٩٣ - البدراوى فقرة ٨٨ - اسماعيل غانم فقرة ٥٣ •

(٢) راجع د/جمال زكى المرجع السابق ص ٦٧•

- بصيغة أخرى هل تعتبر الأسبقية المطلقة فى الاستغلال سببا لعدم المساءلة ؟ . فى واقع الأمر أنه من الصعب وضع حل عام يضع قاعدة يجب السير عليها لحل هذا التساؤل . ولكن فكرة الأسبقية فى الاستغلال لاتكفى سببا لعدم المساءلة . فلا يكفى أن يكون هذا المصنع قد أنشىء قبل المستشفى فى هذا المثال . ولكن يجب أن يكون صاحب المصنع أنشأة فى منطقة مناسبة وهنا ما أخذ به المشرع المصرى فى المذكرة الايضاحية أما اذا كان المحل المقلق للراحة هو القديم وقد جاء فى ناحية مناسبه له . ثم استحدث بعد ذلك بجواره منزل للسكنى الهادىء . فليس لصاحب هذا البناء أن يتضرر من مجاورة المحل المقلق للراحة . بل هو الذى يلزمه دفع الضرر عن نفسه . ومن هنا يذهب البعض الى القول (١) أنه لاتكفى مجرد أسبقية الاستغلال . وانما يجب أن تكون الأسبقية مشروطة بوجود المحل فى الحى المناسب . فقد يكون الحى صناعيا أو تجاريا . وقد يكون الحى سكنيا هادئا . فليس لصاحب المستشفى أن يتضرر اذا قام بهذا البناء فى حى صناعى حتى ولو كان قد قام ببناء المستشفى قبل المصنع المجاور لها . وعلى العكس من ذلك لو كانت المستشفى فى حى سكنى هادىء فان لصاحبها أن يتضرر من بناء مصنع فى هذا الحى حتى ولو كان بناء المصنع لاحقا . ولكن الصعوبة الجمة تثور فى حالة عدم الوقوف على طبيعة الحى بصوره واضحة . هل يعتد بالأسبقية ؟ ذهب الفقه

---

(١) راجع د/توفيق فرج المرجع السابق ص١١١ عكس ذلك جمال زكى يرى أن الأستاذ الى ماورد فى المذكرة الايضاحية لايعبر الا عن رأى واضعيها فلا يلزم الفقيه ولا القاضى ص ٦٩ هامش "٢".

الفرنسي (١) . الى أنه فى حالة عدم اتضاح طبيعة الحى بصوره واضحة فانه لابد من ادخال فكرة الأسبقية فى الاعتبار مع مراعاة ظروف كل حالة .

الجزاء فى حالة المضار غير المألوفة :

لاشك أنه ليس للجار أن يرجع على جاره فى مضار الجوار المألوفة والا غلت أيدى الملاك عن استعمال حقوقهم - وانما للجار أن يرجع فقط فى حالة المضار غير المألوفة . ويكون الجزاء هنا هو طلب ازالة هذه المضار . ويعتبر هذا تعويضا عينيا . ولايقصد بازالته المضار ازالة المنشآت . فقد تقضى المحكمة بازالة المضار التى تترتب للجيران عن طريق آمر المالك المسئول باجراء التعديل الذى يؤدى الى ازالة الضرر. مثل تعليه المدخنه أو توجيه فوهتها الى جهة أخرى . أو وضع عوازل للصوت أو أى اجراء آخر من شأنه منع الضرر وقد لايكون هناك طريق أخر سوى ازالة مصدر الضرر بصورة نهائية مثل غلق المصنع . على أنه ينبغى تطبيق أحكام الالتزام فى خصوص اعطاء سلطة تقديرية للقاضى للحكم بالتنفيذ العينى وهو الأصل مع مراعاة التجنب عنه اذا كان فى القيام به ارهاق للمسئول أو من شأنه أن يحدث عنه ضررا فادحا . ومن هنا فلا مجال الا بالرجوع الى التنفيذ بمقابل أى التعويض النقدى (٢) طبقا للمادة ٢٠٣ / ٢ من القانون المدنى . أى بقياس التنفيذ العينى على التعويض العينى .

---

(١) أنظر مازو وتانك . المسئولية المدنية ص ١٠٢ .

(٢) د/اسماعيل غانم ، أحكام الالتزام ١٩٧٢ ص ٩٠ .

أثـــر الترخيص الادارى :

قـد يتوقف الأمـر فى بعض الأحيان بالنسبة لنوع معين مـــــن النساط الحصول على ترخيص من جهـة الادارة لهـذا النوع من الاستغـــلال فهنا يثــور التساؤل عن قيمة هـــذا الترخيص على حقوق الجيران الذين قـــد يعيبهم ضـرر مــن هذا الاستغلال • فى واقع الأمـر أنه اذا كـان الترخيـص يعطى بناء على توافـر الشروط التى يستلزمهـا القانون بالنسبة لمباشرة بعــض الأعمـال • فان هـذا لايخـل بحقوق الغير • ولهـذا أجاز المشرع المصرى صراحة فى أن للجار أن يستعمل حقه فى ازالة المضار حتـى مع وجود مثـــل هـذا الترخيص •

ولكن هــل يصح أن يحكـم بازالة هـذا الاستغلال الذى صـــدر من جهـــة الادارة الذى صـدر بشأنه ترخيص أم أن سلطة القاضى تقف عنـــد حـد التعويض النقدى ؟• لقـد ذهب الفقة الفرنسى وتابعه القضـــــاء الـى أنه [1] ليس للقاضى الحكم بغلق المنشأة المرخص بها من جهة الادارة اذ ليـس للقضاء العادى طبقا لمبدأ الفصـل بين السلطات أن يحكم بالازالة لأن ذلـك يعتبـــر تعديا على السلطة الادارية • والأمــر غير ذلك بالنســـبة لقانــون المصرى فليس هنالك من قيد على سلطة القاضى فى الحكـم بغلق المنشـــأة

---

(١) أنظر تعليق على حكم نقض فرنسى ١٩٧٣/٦/٢٧ :
Sem.Jur,1975.11,18014.

أنظـر مـازو وتانك المسئولية المدنية جـ١ ص ٦٠٧ومابعدها

تعويضا عينيا لصراحة النص " لايحول الترخيص من الجهات المختصـــــة دون استعمال هــذا الحق " أى حــق طلب الازالة ٠ وآساس ذلك أن المشـــرع فى المادة ٨٠٧ مدنى الزم المالك بألا يغلو فى استعمال الحق الـــــــى حــد الاضرار بملك الجــار ٠ وهــذا التزام قانوني بعدم الغلو فى اســتعماله ويعتبر الخروج عليه خطأ يقيم المسئولية ٠ وتطبق هــذه القواعد العامـــــة فى المسئولية التقصيرية على التعويض الذى يلزم به المالك الذى يغلو فـــــى استعمال حقه ٠ ويجوز أن يكــون التعويض نقديا كما يجــوز أن يكـــــون عينيا باتخاذ مايمنع الضرر مستقبلا (١) كاغلاق المحــل الذى نشأ عنه الضــــرر فضلا عن التعويض النقدى مقابل الضرر الذى وقــع فعلا منه ٠ على أن فـــى الفقه من يرى قياس التعويض العينى على التنفيذ العينى فى تطبيق المـــادة ١/٢٠٣ " اذا كــان فى التنفيذ العينى ارهاق للمدين جـاز لــــــه أن يقتصــر على دفع التعويض النقدى اذا كان لايلحق بالدائن ضررا جسيما (٢) ٠.

---

(١) راجع رسالتنا التعويض عن ضرر النفس فى المسئولية التقصيرية ـ جامعـــة القاهـــرة ١٩٨٨ ص ٣٢٢ ٠

(٢) راجع د/ لبيب شنب ـ الحقــوق العينيه الأصليه عام ١٩٧٣، ص ٢٣٢٠

المطلب الثانى

القيود المتعلقة بالرى والصرف

تمهيد :

نظم المشرع المصرى القواعد المتعلقة بالقيود الخاصة بالمياه بوجه عام فى المواد من : ٨٠٨ حتى ٨١١ مدنى • وان كان المشرع وضع قانون خاص بالرى والصرف وهو القانون ٧٤ لسنة ١٩٧١ فى شأن الرى والصرف الا أن دراستنا فيما يتعلق بهذه القيود تكون حسب التنظيم التشريعى لها فى القانون المدنى • وهذه القيود هى حق الشرب - حق المجرى - حق المسيل • وسوف نعرض للأحكام التفصيلية لكل هذه القيود على النحو التالى :

أولا : حق الشرب

النص التشريعى :

نصت المادة ٨٠٨ مدنى على أن " من أنشأ مسقاه أو مصرفا خصوصيا طبقا للوائح الخاصة بذلك كان له وحده حق استعمالها • ومع ذلك لايجوز للملاك المجاورين أن يستعملوا المسقاه أو المصرف فيما تحتاجه أراضيهم من رى أو صرف • بعد أن يكون مالك المسقاه أو المصرف قد استوفى حاجته منها • وعلى الملاك المجاورين فى هذه الحالة أن يشتركوا

في نفقات أنشاء المسقاة أو المصرف وصيانتها بنسبه مساحة أراضيهم التى تنتفـــع منهـــا " .

يتضـــح من هـــذا النص أن المشرع وضع القاعدة فى الفقرة الأولـــى وهـــى : أن مـــن نشأ مسقاه خاصـــة طبقا للوائح الخاصة بذلك كان له وحـــده حـــق استعمالها باعتباره مالكا لهـــا . فاذا استوفى حاجته منها وبقـــى بعد ذلك مـــن المـــاء ماتحتاج اليه أرض الملاك المجاورين . كـــان لهؤلاء أن يأخـــــذوا ماهم فى حاجة اليه ومن هـــذا يتبين أن هناك قيدا على سلطة المالك فـــــى استعمال المسقاة لصالح الجيران ، وهـــو قيد عادل نظرا لحاجة الملاك المجاورين الى تلك المياه لرى آراضيهم خاصة وأن المياه مصدرها الترع والقنوات وهـــــى مباحة وللجميع التمتع بها . ومن آجل ذلك وضع المشـــرع قيدا على هذا الحكـم فى الفقرة الثانية ونصت المادة ٢/٨٠٧ مدنى " يجوز للملاك المجاوريـــــن أن يستعملوا المسقاة فيما تحتاجه أراضيهم من رى أو صرف بعد أن يكـــــــون مالك المسقاة أو الصرف قد استوفى حاجته منها " . ويتضح أنه لابـــد مـــــن توافـــر شرطان لاعمال هـــذا النص الأول : هو أن يستوفى مالك المســـــقاة حاجته منها أولا فهو مفضل على الجيران الثانى : بعد آن يستوفى المالـــــك حاجته يسقى الجيران . فان تزاحمـــوا كانت الأفضلية لمـــن كان فى حاجـــة أشد الى المياه (١) ويترك تقدير ذلك للجهة الادارية المختصة (٢) هـــــذا وقد أثارت مشكلة الجيران خلافا فى أوســـاط دوائر الفقه . هل يقصد بالجيران؟

---

(١) راجع د/توفيق فرج ، المرجع السابق ص ١١٤.

(٢) راجع مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ١٤٤.

هـم الجيران الملاصقون للمسقاه أم الجيران المجاورين لأرض صاحب المسقاة؟ ذهب البعض [١] الى أن عبارة " الملاك المجاورين " الواردة فى النص عبارة عامة تشمل الجيران أيا كان سواء كانوا بجوار المسقاة أم بجوار أرض صاحبها حتى ولو لم يكن الجار ملاصقا للمسقاة • بينما ذهب البعض الآخر [٢] • الى أن المقصود بالملاك المجاورين هم الملاصقون للمسقاة ويضيف صاحب هذا الرأى الأخير أن النص يضع قيدا على حق الملكية فيجب أن يفسر فى أضيق الحدود • ونؤيد هذا الاتجاه الأخير لاتساقه مع الحكمة من وضع قيد على حق المالك فى استعماله لملكه اذ تقدر الضرورة بقدرها •

ويلزم لثبوت حق الشرب أن يقوم الملاك المجاورين بالاشتراك فى نفقات انشاء المسقاة وصيانتها بنسبة مساحة أراضيهم التى تنتفع منها • ويقتصر الاشتراك على نفقات الانشاء والصيانة دون ثمن الأرض التى تقام عليها المسقاة وبذلك تظل ملكية الأرض والمسقاة خالصة لصاحب الأرض التى تمر فيها المسقاة • اذ لو جعل القانون الملاك المجاورين الاشتراك فى ملكية الأرض التى تمر فيها المسقاة لصاروا شركاء فيها • ولما كانت حقوقهم فى الشرب قيدا على ملك الغير • وبقاء ملكيته للمسقاة على هذا النحو هو الذى يبرر

---

(١) راجع د/ الصدة ص ١٠٢، ١٠٣ ،د/البدراوى رقم ٣٥٤ـ شفيق شحاته رقم ٣٧١ ـمصطفى منصور الملكية عام١٩٦٥ص٦٦•

(٢) راجع د/ حسن كيره عام ١٩٧٥ ص ٦٨•

تفضيله فيأخذ حاجته منها أولا قبل غيره من الملاك المجاورين • ويتم اشتراك باقى الملاك المجاورين بنسبة مساحة آراضيهم التى تنتفع من المسقاة سواء بالنسبة لنفقات الانشاء أم نفقات الصيانة • وقد يثير توزيع نفقات الانشاء بعض الصعوبات اذا لم يقيم الملاك المجاورين بالاشتراك فى وقت واحد • ولهذا فان ماينفعه من اشتراك متأخرا يجب أن يرد الى باقى المشتركين من قبل (١) •

ثانيا : حق المجرى :

النص التشريعى :

نصت المادة ٨٠٩ مدنى على أنه " يجب على مالك الأرض أن يسمح بأن تمر بأرضه المياه الكافيه لرى الأراضى البعيدة عن مورد المياه • وكذلك مياه الصرف الآتيه من الأراضى المجاورة لتصب فى أقرب مصرف عمومى بشرط أن يعوض عن ذلك تعويضا عادلا " •

يتضح من هذا النص أن حق المجرى يتقرر لمالك أرض بعيدة عن مورد المياه • فيخوله القانون أن يأخذ عبر أرض الجار مايكفى لرى أرضه • وبذلك يبيح له أن يشق مجرى المياه فى آرض الجار حتى يصل الى مورد المياه • ومن هنا يبدو هذا الحق كقيد على ملكية الجار الذى يمر المجرى عبر آرضه • اذ يلزمه القانون بأن يسمح للجار بشق مجرى للمياه

(١) راجع د/حسن كيره ، المرجع السابق ص ٢٠٦ •

اللازمة لرى أرضه • ومن هذا يتبين أنه يلزم لتقدير حق المجرى أن تكون الأرض بعيدة عن مورد المياه • وألا يكون لهذه الأرض مايكفيها من المياه • وأن يقوم صاحب تلك الأرض بدفع التعويض • واذا كان الأمر كذلك فما هو المقصود بمرور المياه • قد يكون مورد المياه عاما كترعه عامه وهنا يتعين الحصول على ترخيص بذلك من الجهة الادارية المختصة (١) وقد يكون هذا المورد خاصا ترعة أو مسقاة خاصة مملوكة للجار • وفى هذه الحالة يكون لمن يتقرر له حق المجرى الوصول الى هذا المورد عبر أرض الجار على أساس ماله من حق المجرى • كما قد يكون مورد المياه ترعة أو مسقاة خاصة مملوكة للغير وفى هذه الحالة يكون للجار البعيدة أرضه عن مورد المياه • حق المجرى حتى يصل الى هذا المورد عبر أرض جاره وأرض الغير • انما يلزم فى هاتين الحالتين أن يكون قد تقرر له على هذه الترعة أو المسقاة الخاصة حق الشرب • ويكون ذلك باتفاق خاص مع الجار أو الغير -- ويحكم الاتفاق مايتحمل به المالك البعيدة أرضه عن مورد المياه من نفقات بالنسبة لانشاء وصيانة مورد المياه في هذه الحالة

هذا بالنسبة لاشتراط البعد عن مورد المياه للحصول على حق المجرى ومن ناحية أخرى يلزم ألا يكون لتلك الأرض البعيدة عن مورد المياه مايكفيها من الماء • فلو كانت الأرض بئرا يستخرج منه الماء ولكنها غير كافية لرى الأرض وزراعتها على النحو المعتاد • فانه يكون له حق المجرى حتى يحصل على المياه الكافية لرى أرضه (٢) • واشترط المشرع لما سبق

---

(١) راجع المادة ٣٩ من القانون ٧٤ لسنة١٩٧١فى شأن الرى والصرف •

(٢) توسع المشرع فى القانون المدنى الحالى بجعل المياه كافيه على خلاف السابق " المياه اللازمة " توفيق فرج ،ص ١١٨"•

وجـوب تعويض مالك الأرض المجاورة تعويضا عادلا والتعويض في هذه الحالـــة يكـون لجميع الأشخاص الذين لحقهـم ضـرر من تقرير هـذا الحق سواء كـان هـو الجـار أم شخصا آخـر [(١)] ويشمل التعويض الأضرار التي تترتب علـى شـق المجـرى سواء كان هـذا من حيث حرمان صاحب الأرض من الانتفـاع بالجـزء الذي يـرد عليه المجـرى ٠ أم من حيث الأضرار الآخرى ٠ آيا كـان نوعهـا ٠ طالما كانت ناشئة بسبب شق هـذا المجرى ٠

ثالثا : حـق المسـيل (الصـرف)

ماهـية حـق المسيل :

يقصد بالمسيل هـنا حـق الصرف أى أن مالك الأرض الزراعيـة له حـق فى تصريف المياه الزائدة في حاجـة أرضه ٠ وبهذا التحديد يقتصـر هـذا الحـق على صرف المياه الزائدة عن حاجـة الأرض الزراعية وحدها ٠ وقد عرضت المادتين ٨٠٨ ، ٨٠٩ مدنى للأحكـام الخاصة بحق الصرف مـع حـق الشرب والمجـرى ولهذا نعرض لهاتين الحالتين على النحو التالى :

١ ـ آمـا عن الحالة الأولى :

فانه تتطبق عليها ماسبق أن ذكرناه بخصوص حق الشرب ٠ وعلـى ذلك يجوز للملاك المجاورين لمصرف خاص أنشأه صاحبه طبقا للوائـح

(١) راجع المادتين ١٥، ١٧ من القانون ٧٤ لسنة ١٩٧١ فى شـأن الـرى والصرف ٠

الخاصة بذلك ، أن يستعملوه فيما تحتاجه أراضيهم من صرف ، وذلك بعد أن يكون صاحبه قد استوفى حاجته منه ، ويتفق الفقه في هذه الحالة على قصر حق الصرف على الملاك المجاورين للمصرف ، دون الملاك المجاورين لأرض صاحبه ، ولهذا يستفيد من الصرف الملاك المجاورين فقط لأرض صاحبه دون أن يكونوا مجاورين للمصرف ذاته ، وفي هذه الحالة يلزم الملاك المجاورون للمصرف الذين يتقرر لهم هذا الحق بالاشتراك في نفقات انشائه وصيانته ، ولايترتب على هذا أن يصير من اشترك شريكا في ملكيته للمصرف ، بل له حق الافادة منه ، ا ر ف ا د ة

٢ — **أما عن الحالة الثانية :**

وهي التي تقابل حق المجرى ، فانها تتعلق بصرف مياه الأراضي البعيدة عن المصرف العمومي ، وفي هذه الحالة يوجب القانون على مالك الأرض أن يسمح بأن تمر في أرضه مياه الصرف الآتيه من الأراضي المجاورة لتصب في أقرب مصرف عمومي ، ويبدو أن هذا الحق يتقرر كذلك سواء كان يستحيل أو يتعذر على المالك أن يصرف اطلاقا أو أن يصرف صرفا كافيا ، وحق الصرف في هذه الحالة يختلف عن حق المجرى ، ذلك أن حق الصرف يقتصر على الحالة التي يتم فيها الصرف في مصرف عمومي ، فلا يتقرر في هذه الحالة التي يكون فيها الصرف في مصرف خاص ، ولايتقرر الحق في هذه الحالة الأخيرة الا اذا كانت الأرض مجاورة للمصرف الخاص ،

الاختصاص بالفصل فى المنازعات :

كان الاختصاص بالفصل فى المنازعات المتعلقة بالرى والصرف محل خلاف فيما سبق ٠ من حيث الجهة التى كانت تتولى الفصل فى هذه المنازعات ٠ الا أنه يصدر قانون الرى رقم ٧٤ لسنة ١٩٧١ حسم الخلاف وجعل الاختصاص بالفصل فى منازعات التعويضات الرى والصرف من اختصاص لجنة الرى [١] وفيما عدا هذه التعويضات تختص جهات القضاء العادى اذا ثار نزاع حول أصل الحق ٠ ومع ذلك ينبغى أن يراعى أن المحاكم تعد صاحبة الاختصاص فى كل مالم ينص عليه ٠ باعتبارها صاحبة الولاية العامة لنظر المنازعات الا ما استثنى بنص خاص [٢] ٠

المطلب الثالث

القيود المتعلقة بالمرور (الانحباس)

الأساس القانونى لحق المرور :

يقصد بحق المرور أن توجد أرض محبوسة عن الطريق العام أيا كان الاستغلال الذى أعدت له هذه الأرض ٠ فقد تكون آرضا زراعية أو معدة للاستغلال الصناعى أو للبناء ٠ وفى هذه الحالة يخول القانون

---

(١) هذه اللجنة الادارية تشكل دائرة كل محافظة برئاسة قاضى وعضوية مهندس الرى المختص ٠

(٢) راجع نقض مدنى مصرى ٣١/١/١٩٦٣ الطعن ٢٨٩ السنة ٢٧ق ٠

لمالك تلك الأرض (١) الحق فى أن يحصل على ممر كان فى أرض الجار للوصول الى الطريق العام وذلك مقابل تعويض هذا الجار تعويضا عادلا ويثبت هذا الحق بقوة القانون للمالك صاحب الأرض المحبوسة . ومن هنا يبدو هذا الحق كقيد قانونى على مالك الأرض المجاورة . ذلك أن المالك اذا كان له وحده حق الادارة من كل السلطات التى يخولها الحق فانه فى هذه الحالة يجد جاره وقد قرر له القانون حق المرور على أرضه ولما كان هذا الحق هو قيدا قانونيا أو ارتفاقا فحسب فانه لايعتبر من الحقوق التى تخضع للقيد فى السجل العقارى (٢) والعلة فى تقرير هذا الحق هى أن المشرع رأى أن مالك الأرض المحبوسة لن يتيسر له استغلالها على الوجه العادى . ولهذا رأى تدخله اجباريا لارغام الجار على السماح لجاره بالمرور عبر أرضه . ولما كان هذا الحق قيدا على حق المالك فانه يتعين أن يكون فى الحدود التى يسمح بها . أى يكون بقصد المرور فقط وليس بقصد استخدامه فى أغراض أخرى والضرورة تقدر بقدرها وقد أكد المشرع هذا التقرير فى نص المادة ٨١٢ مدنى التى جاء نصها (مالك الأرض المحبوسة عن الطريق العام أو التى لايصلها بهذا الطريق ممر كان اذا كان لايتيسر له الوصول الى ذلك الطريق الا بنفقه باهظة أو مشقة كبيرة . له حق المرور فى الأراضى المجاورة بالقدر اللازم لاستغلال

---

(١) ذهب الفقة الفرنسى الى أنه يجوز لغير المالك من أصحاب الحقوق العينيه الأخرى (الانتفاع - الاستعمال - السكنى ثم أن يتقرر لهم هذا الحق بلانيول وريبير وبيكار: ج٣بند ٩٢٥ص ٩٠١.

(٢) راجع د/توفيق فرج المرجع السابق ص ١٢٢.

آرضه واستعمالها على الوجه المألوف مادامت هذه الأرض محبوسه عن الطريق العام • وذلك في نظير تعويض عادل • ولايستعمل هذا الحق الا في العقار الذى يكون المرور فيه أخف ضررا وفى موضع منه يتحقق فيه ذلك •

على أنه اذا كان الحبس عن الطريق العام ناشئا عن تجزئة عقار تمت بناء على تصرف قانونى وكان من المستطاع ايجاد ممر كان فى اجزاء هذا العقار • فلا تجوز المطالبة بحق المرور الا فى هذه الأجزاء ".

شروط تقرير حق المرور :

يتضح من النص المشار اليه سلفا أنه يجب أن تتوافر شروط معينه لتقرير هذا الحق نعرضها فيما يلى :

أولا : الانحباس عن الطريق العام :

من يتقرر حق المرور يجب أن تكون الأرض التى يقرر لها القانون حق المرور على الأرض المجاورة محبوسة عن الطريق العام • ويتحقق الانحباس • اذا كانت الأرض محاطة من جميع الجهات بأراضى الجيران ولاسبيل لمالك الأرض المحبوسة الى الطريق العام الا بالمرور فى الأراضى المجاورة • فاذا كان للجار حق ارتفاق بالمرور على أرض مجاورة له اكتسبه بتصرف قانونى آو بالتقادم • فلا يتقرر له هذا الحق أى حق المرور المنصوص عليه قانونا والذى يعتبر قيدا على ملكية الملاك المجاورين •

ولايتقرر حق المرور اذا كان المالك هو الذى حبس آرضه بفعله عن الطريق العام • كما اذا كان لها منفذا على الطريق العام سده بالبناء عليه [١] • وتعتبر الأرض محبوسة عن الطريق العام • اذا كان لها ممر ولكنه غير كاف ولايتيسر الوصول منه الى الطريق العام الا بنفقه باهظة أو مشقه كبيرة • فاذا كان للأرض المحبوسة عن الطريق العام ممر كاف الا أنه محلا لمنازعة أو متروك على وجه التسامح • فانه لايمنع قانونا المطالبة بحق المرور القانونى [٢] • واذا كان للأرض المحبوسة حق ارتفاق بالمرور على أرض مجاورة للوصول الى الطريق العام وسقط هذا الحق بسبب عدم الاستعمال • فان الأرض تعتبر محبوسة • ويكون لمالكها أن يطالب بحق المرور القانونى فالعبرة هى بوجود أو عدم وجود حق مرور ثابت ومستمر وكاف [٣] • وتقرير هذا الحق يتغير بحسب ظروف الاستغلال • فقد يقتضى الاستغلال الزراعى ممرا واسعا • ولكن اذا استغلت فى السكنى بعد بنائها فان الممر لايكون بقدر هذا الاتساع • ويقدر القاضى عند النزاع كفاية الممر آو عدم كفايته مسترشدا فى ذلك بالقدر اللازم لاستعمال الأرض واستغلالها على الوجه المناسب [٤] • ويجب أن يكون الانحباس متحققا بالفعل فاذا كان هناك طريق آخر بالمرور منه من أى طريق فلا يكون لمالك الأرض المحبوسة المطالبة بحق المرور •

---

١ - راجع السنهورى الوسيط جـ٨،المرجع السابق فقرة ٤٦٦•

(٢) راجع د/أحمد سلامة ، المرجع السابق فقرة ٥٠ عكس السنهورى الفقرة ٤٦٦ السابقة •

(٣) راجع د/أحمد سلامة ، المرجع السابق ص ١٧١•

(٤) راجع د/محمد على عمران ، الحقوق العينية الأصلية عام ١٩٨٩ص٢٨٥•

ثانيا : يجب أن يكـون المرور من أقصر طريق وأقل ضررا :

متـى تحقق الانحباس على النحـو السالف بيانه ، فيجب أن يتـم اختيار المرور عـن أقصـر سبيل وبأقل ضرر ، فان حـق الشخص ينبغـى أن يختار مـن أقـرب سبيل يوصل الى الطريق العـام ، " فلا يستعمـل هـذا الحـق الا فـى العقـار الذى يكـون المرور فيه أخف ضـررا وفى موضع يتحقق فيه ذلك ويضيف البعض الى ذلك أن هـذا تقييد عـادل لحـق المرور يقابل التوسع فيه [١] كمـا أنه يتفق ووضعه الاستثنائى وتقريـره لدفع الضـرورة .

ثالثا : ألا يكـون الانحباس ناشئا عن تجزئة العقار بناء على تصرف قانونى :

اذا كـان الانحباس عـن الطريق العـام ناشئا عـن تجزئة عقـار تمت بنـاء على تصـرف قانونى وكـان من المستطاع ايجاد ممر كـاف فى أجـزاء هـذا العقار ، فلا تجـوز المطالبة بحق المرور الا فى هـذه الأجـزاء وذلك عمـلا بالمادة ٢/٨١٢ مدنى ، وهـذا الحكم منطقى كمـا جـاء بمذكـرة المشروع التمهيدى ، ذلك أن العقار الذى يكـون متصلا اتصا لا كافيا بالطريق العـام ، ثم يجزئه مالكه بتصرفه برضاه ، ويكـون من شأنـه أن يحبس جزء منه عن الطريق العام فان حـق المرور لهـذا الجزء يجـب أن يتضرر على الأجـزاء الأخـرى كما كـان قبل تجزئة العقار [٢] وعلـى

---

(١) راجع د/توفيق فرج المرجع السابق ص ١٢٤ .

(٢) راجع د/اسماعيل غانم ، المرجع السابق ص ٩٢ .

هـذا اذا لم يكـن الحبس عن الطريق العام قـد تم بناء على تصرف قانونـي أجـزاه المالك للعقار فلا ينطبق الحكم سالف الذكـر • كما لو تم التجزئـه بناء على واقعة مادية مثل اكتساب ملكية جزء من العقار بالتقادم • أو نـزع ملكيته للمنفعة العامة • ومـن ناحية أخرى فانه حتى ولو تم الانحبـاس على تصرف قانونى أجراه المالك ولم يكن من المستطاع ايجاد ممر كاف فـي أجـزاء العقار • فانه ليس من المحتم المطالبة بحـق المرور فى هذه الأجـزاء وهـذا هـو مايفهم من نص المادة ٢/٨١٢ مدنى سابق الاشارة اليه • وفـي هـذه الحالة تجـوز المطالبة بحق المرور فى الأرض المجاورة الأخرى علـى أن يستعمل الحق فى العقار الذى يكـون المرور فيه أخف ضررا • وأما عـن تأجيل الحكم الوارد فى المادة ٨١٢ مدنى وقاعدة تخصيص المالك الأصلـي بالنسبة لحقـوق الارتفاق الاتفاقية الواردة فى المادة ١٠١٧ مدنى والتى تنـص على أنه " يجـوز فى الارتفاقات الظاهـرة أن تترتب بتخصيص من المالك الأصلى ويكـون هناك تخصيص من المالك الأصلى اذا تبين بأى طرق الاثبات أن للمالك عقارين منفصلين قد أقام بينهما علامة ظاهرة فأنشأ بذلك علاقة تبعية بينهمـا مـن شأنها أن تدل على وجود ارتفاق لو أن العقارين كانا مملوكين لمـلاك مختلفين • ففى هذه الحالة اذا أنتقل العقاران الى آيدى ملاك مختلفيـن دون تغير فى حالتهما عد الاتفاق مرتبا بين العقارين لهما وعليهما مالم يكن ثمـة شرط صريح مخالف لذلك " •

فتوسعا فى قاعدة تخصيص المالك الأصلى ذهب بعض الفقهاء [1] الـى أن القول بأنه حتى ولو لم توجـد لحق الارتفاق علامات ظاهرة تميزه الا أن العقار

---

(١) راجع د/ السنهورى ، المرجع السابق ص ٧٦٧ •

كان في مبدأ الأمر واحدا وتجزأ • وكأن مالك العقار واحد وهو يجزئه قد خصص الجزء الآخر من العقار غير المحبوس ليمر عليه مالك العقار المحبوس أو من له الحق في المرور القانوني • وقد اعترض بعض الفقهاء على ذلك القول [1] بأن هذا الاتجاه الفقهي لايقيم أساسا فنيا للحكم المنصوص عليه في المادة ٨١٢ مدني • بل انه يقيم مقارنة بين هذا الحكم وتلك القاعدة " • ويضيف الى ذلك أن القاعدة المنصوص عليها في المادة١٠١٧ مدني تقتضي وجود عقارين جزأين منفصلين في عقار واحد تربطهما علاقة تبعية أوجدها المالك الأصلي • على خلاف الحكم الوارد في المادة ٨١٢ مدني يقوم على مجرد افتراض وجود عقار تم تجزئته بفعل صاحبه • فأصبح جزءا منه محبوسا عن الطريق العام •

وذهب جانب آخر من الفقه [2] الى تأسيس الحكم الوارد في المادة ٨١٢ على الالتزام بالضمان • ففي هذه الحالة التي يبيع فيها المالك الأصلي جزءا من العقار فيصبح هذا الجزء محبوسا عن الطريق العام يمكن القول بأن البائع كما يضمن للمشتري استحقاق الجزء المبيع • يضمن له أيضا حق المرور للجزء المبيع على الجزء الذي استبقاه • ولكن هذا التأصيل يصدق في حالة واحدة اذا كان البائع قد استبقى الجزء الذي يصل الى الطريق العام • أما اذا كان قد استبقى الجزء المحبوس • فلا يمكن الاعتماد على أساس الالتزام بالضمان •

---

(١) راجع د/ أحمد سلامة ، المرجع السابق ، ص ١٨٦•

(٢) راجع د/محمد على عرفه ص١٨٩،د/السنهوري ص٧٦٧،د/أحمد سلامة ، ص ١٨٦•

بينما ذهب اتجاه ثالث يقيم الحكم الوارد فى المادة ٨١٢ مدنى على أساس نظرية العقد طبقا للمادة ١٤٨ /٢ مدنى والتى جاء نصها على أنه " لايقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه ولكن يتناول أيضا ماهو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف (العدالة بحسب طبيعة الالتزام وأن اعطاء مالك الجزء المحبوس ارتفاقا بالمرور على الجزء المتصل بالطريق العام ليس الا من مستلزمات التصرف الذى أدى الى التجزئه (١) . ولكن هذا الرأى يمكن الاعتراض عليه بأن الحكم الوارد فى المادة ٨١٢ مدنى اذا كان ليس الا تطبيقا للقواعد العامة . لما كان المشرع فى حاجة الى النص عليه بحكم خاص . ونذهب مع الرأى الذى نراه راجحا فى هذا الصدد (٢) والذى يؤسس حق المرور فى الأجزاء المتبقية بعد التجزئه والنافذه الى الطريق العام على نص القانون مباشرة فى المادة ١/٨١٢ مدنى . ذلك أن النص القانونى ينشىء هذا الحق مستندا الى اعتبارات العدالة كل ماهنالك أن المشرع حدد فى الفقرة الأولى من هذا النص موقع المرور فى العقارات المجاورة التى يكون فيها المرور أخف ضررا . وفى الأجزاء الأخرى الذى يتحقق فيها ذلك . فى حين أن موقع المرور يتحدد اعمالا لنص الفقرة الثانية من هذا النص" اذا كان حبس أحد هذه الأجزاء عن الطريق العام ناشئا من تجزئة تمت بناء على تصرف قانونى . بشرط أن يكون من المستطاع ايجاد ممر كاف فى أجزاء هذا العقار .

---

(١) راجع د/ اسماعيل غانم الحقوق العينية الأصلية ١٩٦١ص١٢٤-١٢٥.

(٢) راجع د/ محمد على عمران ، الحقوق العينية الأصلية ١٩٨٩ص ٢٩٠ - ٢٩١.

نطاق حق المرور وتحديده :

اذا توافرت الشروط السابقة ثبت حق المرور للجار المحبوسة أرضه عن الطريق العام بقوة القانون • وفى هذه الحالة يجب أن يعين محل هذا الحق • وهذا التعيين قد يتم اتفاقا بين مالك الأرض المبحوسة والجار • فاذا لم يتم هذا الاتفاق تولى القاضى عند المنازعة تعيين المرور وطريقته • ويكون تعين الممر فى العقار الذى يعتبر المرور فيه أخف ضررا من العقارات الأخرى • بل يجب أن يراعى ذلك فى العقار ذاته فيعين المرور فى الموضع الذى يتحقق فيه أقل ضرر للمالك لهذا العقار الذى يتقرر عليه حق المرور • وكما سبق القول أن تعيين الممر بواسطة القاضى أو بالاتفاق يتحدد بالقدر اللازم للاستغلال فيجب أن يكون كافيا • ذلك أن القانون لايستلزم طريقة معينه • فقد يكون المرور على سطح الأرض هو الوضع العادى • ويبدو أن هذا هو ماينصرف اليه ذهن المشرع على أساس أنه يمثل الحالة الغالبة • الا أن هذا لايمنع من أن يتم المرور بواسطة نفق أو قنطرة [1] وذلك طبقا لما يتفق وحاجة الاستغلال والمرور اللازم وقد لايحدث هذا التحديد اتفاقا أو قضاءا ويقوم صاحب الأرض المحبوسة بالمرور عبر أرض جاره وفى الحدود القانونية لحق المرور ويسكت هذا الأخير دون اعتراض منه على مكان المرور أو كفايته أو كيفيته واستمر الحال كذلك مدة خمسة عشرة سنة دون اعتراض من جانب الجار سقط حق هذا الأخير فى الاعتراض ويكتسب حق المرور بالتقادم • ولايسقط حق

---

(١) راجع د/حسن كيره ،طبعة ١٩٧٥ الموجز ص ١١١

المرور بالتقادم ٠ فاذا تعين المرور ودفع التعويض وقعد مالك الأرض المحبوسة عن مباشرة حقه مدة ١٥ سنة سقط حقه بالتقادم فى الممر المعين فقط اذ لايسقط حق المرور نفسه ٠ وقد قضت محكمة النقض المصرية فى أحد أحكامها [١] " أنه يشترط لاكتساب هذا الحق بالتقادم أن يتوافر للحيازة عنصريها المادى والمعنوى ٠ أما اذا ثبت أن ترك صاحب الأرض يمر فى الأرض المجاورة كان مبنيا على التسامح فلا تقادم " ٠

التعويض :

اذا كان لصاحب الأرض المحبوسة الحق فى المرور بقوة القانون فان المشرع راعى جانب العدالة وهو أن يعوض مالك الأرض التى يتقرر عليها هذا الحق تعويضا عادلا ٠ وهذا ماورد النص عليه فى المادة ١/٨١٢ مدنى " يجب أن يدفع المالك الأرض المحبوسة للجار تعويضا عادلا ٠ ويتحدد هذا التعويض اما اتفاقا أو قضاء ٠٠٠ الخ النص " ٠

ولايترتب على دفع التعويض [٢] أن يصبح صاحب الأرض المبحوسة مالكا وانما التعويض يكون فى مقابل الممر فقط ٠ فكل الذى يحدث هو تقييد سلطات المالك المجاور للأرض المحبوسة ٠ ويترتب على هذا القول أنه اذا لم يعد حق المرور ضروريا بأن اتصلت الأرض المحبوسة بالطريق

---

(١) راجع نقض مدنى مصرى جلسة ١٩٥٥/١٢/٢٢ مجموعة المكتب الفنى فى ٢٥ عاما جزء أول ص ١٦٧ ٠

(٢) راجع د/توفيق فرج ، المرجع السابق ص ١٢٦ ٠

العام ٠ فانه يكـون لصاحب الحق فى أن يسترد جزءا مما دفعـه من تعويض يتناسب مع مالم يقع من أضرار ٠ واذا أراد صاحب الأرض المحبوسة أن يتوسـع فى الممر الذى تقرر له ٠ فانه يلتزم بدفع بدل يراعى فيه مايسببه من ضـرر لصاحب العقار المتوسـط ٠

ولايشترط فى التعويض يكون مؤجـلا ٠ فقد يتفق على دفعـه مرة واحـدة ٠ وقد يتفق على القيام بالدفـع على دفعات متفرقة ٠ ولمالك الأرض المقرر عليها حق المرور ٠ اذا لم يتفق على ارجاء دفع التعويض أن يمنـع الجـار المبحوسة أرضه من المرور حتى يقوم بالدفع لهذا التعويض ٠ وتتقـادم دعـوى التعويض بمرور خمس عشرة سنة على تاريخ الاستحقاق دون أن يؤثـر ذلك على حـق المرور فى ذاته ٠ وليس هـذا سوى تطبيق للقواعد العامة[١] ٠

المطلـب الرابع

القيود المتعلقة بالتلاصق فى الجوار

تمهيد :

نظـم المشرع هـذه القيود تفصيلا فى المواد من ٨١٣ حتى ٨٢١من القانون المدنى المصرى ٠ وبفحص هذه القيود نجد أنه قسمها الى ثلاثـة أنواع هـى قيود تتعلق بوضع الحدود بين الجيران ـ قيود تتعلق بالحائـط

---

(١) راجع د/محمد على عمران ، المرجع السابق ص ٢٩٤٠

الفاصل - قيود تتعلق بالمطلات والناور • ومن ثم يأتى البحث فى هـذا المطلب على النحـو التالى :

أولا : القيـود التى تتعلق بوضع الحدود

النص التشريعى :

نصت المادة ٨١٣ مدنى " لكل مالك أن يجبر جاره على وضـع حـدود لأملاكهـا المتلاصقة وتكون نفقات التحديد شركة بينهما "•

يتضح من هـذا النص أنه يفترض أن هناك أرضين غير مبنيتيـن متلاصقتان ومملوكتان ملكية خاصة مختلفين • ويريد أحدهما أو كلاهما وضـع حـدود فاصلة مابين أرضيهما حتى تتميز كل أرض عن الأخرى • ووجه القيـد هنا • أن كـل مالك من الملاك المتلاصقة يجـبر على المساهمة فى هـذا العمـل • فتتقيد بذلك حريته فى ملكيته بعد أن كـان حرا فى تحديد هـذا الملك أو فى عدم تحديده • وذلك مالم يتراضى المالكـان وديا على وضـع الحدود • وهـذا يختلف فى تحويط الملك (١) • فاذا كان المشرع قد جعـل فى المادة ٨١٣ مدنى اجبارا على الملاك فى وضع الحدود بين الأملاك المتلاصقـة بسلك أو سياج أو سـور ليس اجبارا على المالك فقـد صرح المشرع بهذه الصـورة فى المادة ٨١٨ مدنى " ليس للجـار أن يجبر جاره على تحويط ملكـه (٢)

---

(١) راجع السنهورى الوسيط جـ٨ ص ٩٧٨•

(٢) راجع القانون ٥١ لسنة ١٩٤٧ "بأن على مالك الأرض الفضاء أو الخربة أن يقوم بتسويرها اذا قررت الادارة الصحية هذا التسـوير حماية للمصلحة العامة والا قامت هذه الادارة بالتسوير على نفقـة المالك •

ويرجع سبب هذا القيد ، أنه قد تثار بعض الصعوبات بالنسبة لتحديد نطاق حق الملكية اذا ماورد على عقار أيا كان نوع الاستغلال وذلك في صلة المالك بالملاك المجاورين ، ولهذا يعطى القانون لكل مالك الحق في أن يجبر جاره على وضع حدود لأملاكه المتلاصقة ، وذلك لكى يتبين مايدخل في ملكية كل منهما ، ويتم ذلك عن طريق وضع علامات مادية ظاهرة تبين حدود ملك كل منهما (١) ، ويقصد بالتلاصق بين الملكيات الخاصة ، فاذا لم يكن هناك تلاصق يفصل بين الملاك طريق أو مجرى عام فلا يتحقق التلاصق ولامجال لاعمال النص (٢) .

كيفية تحديد الحدود ونفقاته :

قد يتفق المالكان المتلاصقان على وضع الحدود مابين أرضيهما وقد يتعذر هذا الاتفاق فيتم التحديد عن طريق القضاء بدعوى الحدود ، وسنعرض فيما يلى لهاتين الطريقتين على النحو التالى :

أولا : التحديد الاتفاقى :

عندما يتفق المالكان المتلاصقان على وضع الحدود مابين أرضيهما وديا ، فهذا الأمر يفترض أنهما متفقان على الملكية لكل منهما ، ومساحة الأرض المملوكة لهما ، الا أنهما غير مستوثقين من الحدود الفاصلة مابين أرضيهما ، فيريدان الاستيثاق من ذلك ووضع علامات ظاهرة لتبين هذه

---

(١) راجع د/ توفيق فرج ، المرجع السابق ، ص ١٣٠ .

(٢) ينظم قانون الرى والصرف ٧٤ لسنة ١٩٧١ هذا الموضوع تفصيلا .

الحـدود فيتفقان على خبير معين (١) ، يقوم بمسح هذه الحدود الفاصلـة مابين أرضيهما ، ويضع علامات ظاهرة لتبين هذه الحدود ، ويحرر بذلـك محضـر تحديد يوقع عليه المالكان ويكـون ملزما لهما ، ويرجع اليه لاعـادة علامات التحديد اذا انطمست هذه العلامات ويعتبر محضر التحديد الذى وقعـه المالكـان عقدا فيما بينهما ، فهـو ملزم ، ولايجوز الطعن عليه الا بالطـرق المقـررة للطعـن على العقد وهـذا هـو أسهل طرق التحديد الحدود بيـن الأمـلاك ، اذ يعقب تحرير محضر التحديد عمليتان تنفيذيتان ، الأولى هـى رسم الحدود الفاصلة مابين الأراضى المتلاصقة واقمة معالم مادية ثابته لهـذه الحدود ، وقد توضع قوالب من الطوب ، ولكن الغالب الوقوع عملا هـو أن تدق قطعة من الحديد فى نهاية كـل على حـد من الحديد الأربعـة بحيث اذا مد خط مستقيم بين كـل علامتين متقابلتين أحاطت الخطـوط المستقيمة الأربعة بجميع أطراف الأرض ، والثانية " يثبت داخل المحضـر الخاص بالتحديد اتجاهات الحدود المرسومة بالقة المتطاعة حتى يمكن الرجـوع اليه لاعادة معالم الحدود اذا ما انطمست هـذه المعالم .

ثانيا : دعـوى تعيين الحـدود :

اذا تعذر تحديد الحدود وديا نظرا لرغبة أحد المالكان فى تجنـب نفقات التحديد أو خشية ظهور زيادة فى ملكه يكون قد اغتصبها من المالك الملاصق له ، فهنـا يجـوز للمالك الأخـر أن يلجـأ الى القضاء لرفع دعـوى تعييـن

---

(١) راجع الدعوى رقم ١١٧٥ لسنة ١٩٨١ مدنى ثان طنطا حكم صادر لنا فى هذا التاريخ بعدم الاختصاص والاحالة .

الحدود على المالك الممتنع • ولم يعرض التقنين المدنى نصا يعالج دعوى الحدود وانما المرجع فيها الى قانون المرافعات المدنية والتجارية فجاء نص المادة ٤٣ من قانون المرافعات " تختص محكمة المواد الجزئية كذلك بالحكم ابتدائيا مهما تكن قيمة الدعوى •••• دعاوى تعيين الحدود وتقدير المسافات فيما يتعلق بالمبانى والمنشآت الضاره اذا لم تكن الملكية أو الحق محل نزاع " •

ويتضح من هذا النص أن دعوى تعيين الحدود اذا لم تكن الملكية محل نزاع تكون من اختصاص القاضى الجزئى مهما تكن قيمة الأراضى المتلاصقة المطلوب تعيين الحدود الفاصلة فيما بينهما • ويكون حكم القاضى الجزئى نهائيا اذا لم تبلغ قيمة الأرض مائتى وخمسون جنيها • أما اذا زادت عن ذلك فان الحكم يكون قابلا للاستئناف أمام المحاكم الابتدائية بهيئة استئنافية ويرجع السبب فى جعل الاختصاص مقررا للمحاكم الجزئية أيا كانت قيمة الدعوى • الى أن المحكمة لاتتعرض الا لوقائع مادية يمكن فى سهولة الالتجاء الى أهل الخبرة الهندسية للتحقق منها • وهى التعرف على علامات بارزة لهذه الحدود الفاصلة مابين أرضين متلاصقتين وتكون المحكمة الجزئية التى يقع فى دائرتها هذه الأراضى هى المختصة مكانيا بذلك• اذ أن دعوى تعيين الحدود دعوى عينيه عقاريه • أو يكون طرفاها المدعى والمدعى عليه الملاك المتلاصقين ويكلف كل منهما باثبات الملكية • ويكون ذلك لا عن طريق المستندات الخاصة بالتمليك والحيازة فقط • بل عن طريق العلامات الظاهرة فى الأرض وموقع الأرض وشكلها وتعرجاتها • واذا ثار نزاع بشأن الملكية فيجب على القاضى أن يحكم بعدم اختصاص المحكمة من تلقاء نفسه

ولايحكم بوقف الدعوى حتى يفصل فى النزاع على الملكية كما هو الحال فى دعاوى قسمة المال الشائع . واذا أجل النزاع الى المحكمة الابتدائية فان مهمة المحكمة الابتدائية لاتقتصر على انهاء النزاع حول الملكية بل يجب عليها تعيين الحدود الفاصلة مابين الأراضى المتلاصقة . لأن من يملك الأكثر يملك الأقل .وأن المشرع قرن الاختصاص الجزئى بدعوى تعيين الحدود بعدم وجود نزاع حول الملكية بين الملاك المتلاصقين . وأنه من حسن سير العدالة يتعين القضاء بحكم واحد فى الموضوع . وتكون النفقات فى دعاوى تعين الحدود . فى حالة وقوع نزاع على الملكية على خاسر الدعوى طبقا للمادة ١٨٧ من قانون المرافعات . وفى غير هذه الأحوال بنسبة الروؤس حق ولو اختلفت المساحات . .

ثانيا : **القيود التى تتعلق بالحوائط**

أنواع الحوائط : الحائط الفاصل والمشترك :

أولا : **الحائط الفاصل :**

يجوز لكل مالك أن يحيط ملكه بحائط . وفى هذه الحالة يكون هذا الحائط ملكا خاصا له . ولايجوز للجار أن يجبره على النزول عن جزء من هذا الحائط أو من الأرض التى أقيم عليها الحائط أو أن يطلب مشاركته فيه . ومع ذلك فقد أورد المشرع المصرى فى المادة ٨١٨ /٢ مدنى قيدا على ملكية هذا الحائط فنص على " ومع ذلك فليس لمالك الحائط

أن يهدمه مختارا دون عذر قوى ان كان هذا يضير الجار الذى يستتر ملكه بالحائط " . ويتضح من ذلك أن المشرع رتب على عاتق مالك هذا الحائط التزاما بالامتناع عن الهدم [١] خروجا على الأصل العام الذى يقضى بأن للمالك أن يتصرف فى ملكه كيف يشاء . ويشترط لتطبيق هذا النص : أن يكون ملك الجار مستترا بالحائط أى أن يكون مسورا من جهاته الثلاث وأن يكون هذا الحائط هو الحد الرابع . كما يجب أن يترتب على هدم هذا الحائط ضررا بالجار . بأن ينكشف ملكه من احدى جهاته الأربع . ولذلك اذا لم يكن من شأن هذا الهدم الحاق ضرر بالجار لايجوز لهذا الأخير الاعتراض على الهدم . ويجب أخيرا ألا تكون حاجة المالك الى الهدم ملحة . وقد عبر المشرع عن ذلك فى النص سالف الذكر " ألا يكون لديه عذر قوى فى الهدم . " وتقدير هذه الحالة من سلطة قاضى الموضوع التقديرية . والمسألة لاتعدو أن تكون مفاضلة بين مصلحة مالك الحائط الساتر والجار الملاصق له فى هذا الحائط . وقد علق بعض الفقهاء على ذلك بأن هذا ليس الا تطبيقا للقواعد العامة الواردة فى المادة الخامسة من القانون المدنى وهى خاصة بالتعسف فى استعمال الحق . واذا هدم المالك الحائط الساتر فى الأحوال التى يجوز له فيها ذلك . لايلتزم باعادة بناءة مرة آخرى . اذ أن حق المالك المستتر بالحائط لايعتبر حق ارتفاق . فهو ليس له على الحائط سوى الانتفاع السلبى الناشىء من وجوده [٢]

(١) راجع البدراوى ، المرجع السابق ص ١٣٦ .

(٢) راجع د/شفيق شحاته ، الأموال ص ٣٨٥ .

ومما هو جدير بالذكر أنه لايجوز للمالك المستتر أن يستند على الحائط الفاصل بوضع عروش أو بناء مما يتضمن أى صورة من صور الاعتداء على الملكية والا كان لمالكه الحق فى وقف هذا الاعتداء والازالة مع التعويض [١] ولايجوز له ذلك الا بالاتفاق مع المالك الأصلى لهذا الحائط الفاصل ٠ على أن الجار المستتر لو قام بأعمال مادية على الحائط الفاصل كوضع عوارض يستند عليها سقف منزله ٠ ومضت المدة القانونية فان الحائط يصبح مشتركا بالتقادم ٠وانما يشترط أن تكون هذه الأعمال قاطعة فى اظهار نية التملك لدى الجار حتى تتفق مظنة التسامح من جانب مالك الحائط الفاصل [٢] فهو مملوك للمالك ملكية خاصة ٠

ثانيا : الحائط المشترك :

يعتبر الحائط المشترك على خلاف الحائط الفاصل الذى يعتبر مملوكا ملكية خاصة ٠ صورة من صور الشيوع فى الملكية الخاصة بالجدران ٠ وهو يكون مشتركا اذا أنشأه الجاران على حدود ملكهما بنفقات مشتركة أو اذا أنشأة أحدهما ثم اتفقت بعد ذلك بينهما على أن يكون مشتركا ٠ ويستطيع أى من الجارين اثبات كون هذا الحائط مشتركا بالمستندات اللازمة لذلك أو بالاستعمال مدة خمس عشرة سنة حتى ولو كان الحائط فاصلا منذ الأصل ٠ وقد ضمن المشرع المصرى فى المادة ٨١٧ مدنى هذا المعنى بالنص على

---

(١) راجع د/البدراوى ، المرجع السابق ، ص ١٣٧٠

(٢) راجع استئناف مختلط ١/٧/١٩٢٢المحاماه السنة ٩،ص ١٠٨٠

أن الحائط الذى يكون وقت انشائه فاصلا بين بناءين يعد مشتركا حتى مفرقهما • مالم يقم دليل على عكس ذلك "•ويتضح من هذا النص أن المشرع وضع قرينة للاشتراك فى الحائط يتوافر شرطان : الأول :يجب أن يكون الحائط فاصلا بين بناءين • فلا يكفى أن يكون فاصلا بين آرضين أو أرض وبناء فالقرينة السابقة لاتقوم اذا كان الحائط فاصلا بين حديقتى البناءين • أو بين حديقة أحدهما وفناء الآخر •

والشرط الثانى : أن يكون الحائط فاصلا بين البناءين منذ انشائه • فاذا لم يوجد وقت انشاء الحائط الا بناء واحد • ثم قام بعد ذلك بناء آخر ملاصق استتر بالحائط فأصبح هذا الحائط فى وضعه الجديد فاصلا بين بناءين • فان القرينة تنتفى • ويعتبر الحائط جزءا من البناء الأول ومملوكا ملكية خاصة لصاحب هذا البناء (١) واذا قامت القرينة على الاشتراك لم يكلف مدعى وجود الاشتراك باقامة دليل آخر وانما كان على خصمه اقامة الدليل على أن الحائط مملوك ملكية خاصة • ويمكن اثبات عكس القرينة بوجود مستند يثبت ملكية الحائط أو بوجود علامات ظاهرة فى أحد الجانبين تثبت أن الجار بنى الحائط أصلا لصالح بنائه وحده •

استعمال الحائط المشترك :

جاء نص المادة ٨١٤ موضحا طريقة استعمال هذا الحائط فنصت على أن " لمالك الحائط المشترك أن يستعمله بحسب الغرض الذى أعد له • وأن

---

(١) راجع مجموعة الأعمال التحضيرية :ج ٦ ص ٦٤ •

يضع فوقه عوارض يسند عليها السقف دون أن يحمل الحائط فوق طاقته ٠ فـاذا لـم يعـد الحائط المشترك صالحا للغرض الذى خصص له عادة منفعة اصلاحـه أو تجديده على الشركاء كـل بنسبة حصته فيه " ٠

ويتضح من هـذا النص الأحكـام الآتيه :

١ ـ اذا كان الحائط مشتركا بين مالكين كان لكل منهما الحق فـى استعماله بحسب الغرض الذى أعد له ٠ وأن يضع فوقه عوارض يسـند عليها السقف دون أن يحمل الحائط فوق طاقته ٠ فالواجب علـى المالكين أن يستعملا الحائط بالقدر الذى يحتمله وفى الحدود التـى لاتضـر ببناء الغير أو بالحائط المشترك المملوك لهما على وجه الشـيوع

٢ ـ اذا احتاج الحائط ترميم أو تجديد ٠ فان كـان ذلك بسبب يرجع الـى أحـد المالكين كان هو وحده الملزم بنفقات الترميم أو التجديد ٠أمـا اذا لم يكـن كذلك فان النفقات تحسب بنسبة حصة كل من المالكيـن وقد آشار المشرع الى هذا الحكم فى ظل المادة ٢/٨١٤ مدنى " كـل بنسبة حصته فيه " (١)

تعلية الحائط المشترك :

نصت المادة ٨١٥ مدنى " للمالك اذا كانت له مصلحة جدية فى تعليـة الحائط أن يعليه ٠ على ألا يلحـق بشريكه ضررا بليغا ٠ وعليه وحـده

---

(١) راجع البدراوى ، المرجع السابق ص ١٣٨٠

أن ينفق على التعليه وصيانة الجـزء المعلى • وعمل مايلزم لجعل الحائـــط يتحمـل زيادة العبء الناشيء عن التعليه دون أن يفقد شيئا من متانته فـاذا لم يكـن الحائط المشترك صالحا لتحمل التعليه فعلى من يرغب من الشــركاء أن يعيد بناء الحائط كله على نفقته • بحيث يقع مازاد من سمكه فى ناحيتـة بقدر الاستطاعه • ويظل الحائط المجدد فى غير الجزء المعلى مشتركا دون أن يكـون للجـار الذى أحـدث التعليه حـق فى التعويض " •

وتضيف المادة ٨١٦ مدنى مايلى " للجار الذى لم يساهم فى نفقـات التعليه أن يصبح شريكا فى الجـزء المعلى اذا هو دفع نصف ما أنفق عليـه وقيمة نصف الأرض التى يقوم عليها زيادة السمك ان كانت هناك زيادة "•

ويتضح من ذلك الأحكـام التالية :

١ - للمالك الحق فى تعلية الحائط المشترك بشرط أن تكون له مصلحـة جدية فى تعليته • وبشرط ألا يكون فى التعليه الحاق ضرر بليـغ بشريكة • وعلى هذا المالك وحـده أن ينفق على التعليه وصيانـة الجزء المعلى • لأنه وحـده الذى يستفاد من هذه التعلية • وعليه فى هذه الحالة أيضا أن يتخذ من الاحتياطات والأعمال مايجعـل الحائط يتحمل زيادة العبء الناشيء من التعليه دون أن يفقد شـيئا من متانته •

٢ - اذا كانت المصلحة توجب اعادة بناء الحائط كانت نفقة ذلك علـى الجـار الذى له مصلحة فى التعلية ومازاد فى سطك الحائط يكـون فى ناحيته بقـدر الامكـان • والا دفع تعويضا لشريكه عما زاد فـى

سطح الحائط من ناحية هذا الشريك •

٣ ـ يظل الحائط المجدد فى غير الجـزء المعلى مشتركا • ولايدفـــــع الشريك تعويضا للشريك القائم بالتعليه عن الفرق فى القيمة مابيـــن الحائط القديم والحائط الجديد •

٤ ـ وفيما يتعلق بملكيته فانه يثبت للشريك الذى قام بالتعلية • واذا أراد الشريك الآخـر أن يكـون الجزء المعلى مشتركا عليه دفع النصـــف نفقات التعلية وقيمة نصف الأرض التى تقوم عليها زيادة السطح اذا كانت هناك زيادة من ناحية الشريك الذى قام بالتعليه • ويجوز اكتســـاب ملكية الجزء المعلى بالتقادم • فاذا أسند الجـار الذى لم يشـــترك فى التعلية مبانيه الى هذا الجـزء واستمر ذلك مدة التقادم • فانـــه يكتسب ملكيته بالتقادم (١)

ثالثا : **القيود التىتتعلق بالمطلات والمناور**

١ ـ **المطـلات :**

تناول المشرع تنظيم المطلات فى المادتين ٨١٩، ٨٢٠ مدنى ويمكـــن من خلال المادتين سالفتى الذكر وضع الأحكام القانونية لهذه المطـــلات على النحو التالى :

---

(١) راجع د/البدراوى ، المرجع السابق ص ١٤٠ •

أولا : ماهيـة المطلات :

يقصد بالمطلات التي يحدثها المالك في ملكه للنظر منها الى الخـــارج ولمـرور الهواء والضوء • وذلك مثل النافذة والمشربة والخارجة • والمطلات نوعان همـــا :

(أ) المطـلات المواجهـــة :

يقصد بالمطل المواجه ذلك الذى يمكن منه الاطلال مباشرة [١] منـه على ملك الجـار أو فى عبارة أخـرى هـو الذى يسمح بالنظر المستقيم الى ملك الجـار دون ما حاجة الى الالتفات يمينا أو يسارا • ويفترض فى هـذا بالتالى أن يكـون مـلك الجار كله أو بعضه فى مواجهـــة الفتحة • ويعتبر المطل المواجه أشد المطلات مضايقة للجار الـــذى يفتح عليه • ومن أجـل هـذا شدد المشرع فى وجـوب ترك مسافـة متر واحد عند القيام بفتح مطل مواجه على ملك الجـار • ويرجـــع سبب ذلك القيـد المسافى الى أن المطل المواجه يمكن الجالس فـــى مسكنه دون أن يتحرك من رؤية مايحـدث لدى جـاره [٢] وتنطبـــق القواعد المتعلقة بالمطلات والمناور عموما على الملكية الخاصة ســـواء كانت للدولة أم لفروعها الاقليمية • أم للأفراد فى المدن والقـــرى

---

(١) راجع د/جمال زكـــى ، المرجع السابق ص ٧٤•

(٢) راجع د/محمد كامل مرسى ، المرجع السابق فقرة ٣٥٥•

على المباني المخصصة للسكن أم لأغراض أخرى . وتقاس مسافة المتر من ظهر الحائط الذى به المطل أو من حافة المشربة أو الخارجة . واذا فصلت بين العقارين أرض فضاء مشتركة كفناء أو طريق خاص معد للاستعمال المشترك تراعى هذه الأرض الفضاء كلها فى حساب المسافة القانونية . ولايجب وجود هذه المسافة القانونية بين الحائط الذى به النافذة أو بين حافة الشرفة ومنتصف تلك الأرض بل يحتسب المتر من المطل الى آخر الأرض المشتركة حيث تلاصق عقار الجار . لأن لكل مالك على الشيوع أن يستعمل العقار المشترك . ويفتح عليه مايريد من مطلات بشرط ألا يغير من تخصيصها طبقا للقانون أو الاتفاق . أو يمس حقوق الشركاء الذين يتمتعون على العقار المشترك بمثل حقه .

(ب) **المطلات المنحرفة :**

يقصد بالمطل المنحرف هو الذى لايمكن منه الاطلال على ملك الجار الا بالالتفات الى اليمين أو الى الشمال أم بالانحناء الى الخارج.ويكون من ثم بالنسبة لملك الجار الذى يكون معه حد زاوية مع الحائط الذى فيه الفتحة . ويعتبر هذا المطل أقل مضايقة من المواجه ولذلك قصر المشرع المسافة الذى يجب أن يفتح عليها المطل المنحرف وهى نصف متر . وتقاس هذه المسافة من حرف المطل الى الحد الفاصل بين العقارين .

مطلات لاتخضع لقيد المسافة :

لاتخضع المطلات المواجهة للطريق العام الا للقواعد التي تضعها السلطات الادارية المختصة [(١)] . ولا شأن لها بقيود المسافة سالفة الذكر . حماية للملكيات الخاصة المجاورة . وللمالك بعد مراعاة التشريعات الخاصة بالمباني [(٢)] أن يقيم بنائه على الخط الذى يفصل أرضه عن الطريق العام . وأن يفتح فيه مايشاء من مطلات تواجهة . دون أن يستطيع جاره على اليمين أو الشمال اعتراضه بفتحها وقد ورد النص على ذلك فى المادة ٨٢٠ مدنى . ويرى بعض الفقهاء أن الأبواب ومداخل العقارات لاتخضع لقيد المسافة لأنها ليست فى واقع الأمر مطلات بالمعنى القانونى . فهى معدة للدخول الى العقار أو الخروج منه . وليس للاطلال على ملك الجار [(٣)] بينما يذهب البعض الآخر الى أنها تخضع لقيد المسافات الواردة فى القانون المدنى [(٤)] لأن الأبواب تمكن من الاطلال على ملك الجار. الا أننا نؤيد الرأى الأول لاتساقه مع حكمة ترك المسافات عن حد الجار . وذلك لأن الأبواب لاتعتبر مطلات بالمعنى الوارد فى نصوص القانون المدنى.ومن ثم لاتخضع لأحكامها .بل تتقيد بقوانين التنظيم فقط.

---

(١) راجع نص المادة ٨٢٠مدنى .

(٢) راجع القانون ١٠٦ لسنة١٩٧٦ فى شأن تنظيم أعمال البناء المعدل بقانون ٣٠ لسنة ١٩٨٣.

(٣) راجع د/السنهورى ، الوسيط جـ٨ ص ٨٩٨ فقرة٤٧٧.

(٤) راجع د/محمد كامل مرسى فقرة ٣٦٦ والعمده فقرة ٩٧.

المطلات غير المستوفاة لشروط المسافة :

اذا لم تراع المسافة القانونية فى فتح المطل بأن كان مفتوحا على مسافة تقل عن متر اذا كان مطلا مواجها أو عن نصف متر اذا كان مطلا منحرفا • فيعتبر وضعا مخالفا للقانون لأن فيه خروجا على قواعد القانون التى تقيد حق المالك لمصلحة الجيران (١) وكما يجوز للجار أن يبنى على حدود ملكه فيسد المطل • يجوز له أن يطلب سده • ولايرد على طلبه " بأن كل مالك حر فى ملكه فله أن يفتح مايشاء من المطلات ولجاره أن يقيم مايشاء من المبانى ولو أدى الى سدها لأن فتح المطلات مخالفة يجب ازالتها والمكلف بذلك هو المخالف نفسه • وليس من شأن النزاع فى ملكية الأرض المفتوحة عليها المطلات ايقاف الدعوى المرفوعة بطلب سد هذه المظلات • كما أن الفرق التافة أو البسيط بين المسافة القانونية والمسافة التى تركت بالفعل (٩٨سنتيمتر مثلا) فلا يجوز للقاضى التجاوز عند تطبيق النص القانونى • وذلك لأن القانون قد أظهر منتهى التساهل بتحديده المسافة القانونية بمتر واحد (٢) على أن المطل غير المستوفى لقيد المسافة إن ظل مفتوحا مدة سنة واستوفى شروط دعاوى الحيازة • ولم يمكن على وجه الخصوص اعتباره مفتوحا على سبيل التاسمح فان لصاحبه أن يمنع الجار من التعرض له بدعوى منع التعرض أو من اقامة جدار على حدود ملكه يسد المطل وذلك بوقف الأعمال الجديدة • ويكون

---

(١) راجع د/محمد على عرفه ، المرجع السابق فقرة ٢٥٧•

(٢) راجع استئناف مختلط ١٩٢٥/١/١٥ مجلة التشريع والقضاء المختلط السنة ٣٧ ص ١٦٦•

على الجـار أن يرفع على صاحب المطل دعـوى موضوعية بانكـار حق الارتفاق طالبا سده • على حيـن لايستطيع هـذا الأخير ليتجنب الحكم عليه فيها الا اقامـة الدليل على أنه كسب حـق ارتفاق المطل بأحـد الأسباب القانونية لكسب حقوق الارتفاق [(١)] واذا بقى ذلك المطل مفتوحا لمدة خمس عشرة سنة وكانت حيازتـه مستوفية شروطها فان صاحبه يكسبه بالتقادم أى يكـون له حـق ارتفاق بالمطـل ويكون مفتوحا على أقل من المسافة القانونية • وعلى الجـار الذى فتح علـى ملكه أن يتحمله • فليس له أن يتعرض له • ولا أن يطلب سده • وليـس له أن يقيم بناء فى ملكه الا بعد أن يبتعد عن نهاية ملكه مسافة متـر • اذا كـان المطل مواجها أو مسافة نصف متر • اذا كـان المطل منحرفا •وذلك احتراما لحـق المطل الذى كسبه جاره بالتقادم على ملكه [(٢)] ويلتزم الجـار بترك المسافة القانونية ليس فقط على طول فتحة المطل بل على طول البنـاء الذى فتح فيه المطل [(٣)] واذا أقام الجـار الذى فتح المطل على ملكه حائطـا يجـوز له أن يفتح فيه مطلا على أن يراعى فى فتحه المسافة القانونية فـاذا كـان المطل المفتوح على أرضه يبعد نصف متر عن الخط الفاصل بين الملكيتين لايجـوز له أن يفتح مطلا مواجها فى بنائه الا اذا ابتعد عن هـذا الخـط الفاصل بمسافة متـر • وان كـان يكفى ليحترم مطـل جـاره أن يبتعـد نصـف متر اذا لم يفتح مطلا فـى الجـدار الذى يقيمه [(٤)] أمـا

---

(١) راجع د/ جمال زكى ، المرجع السابق ص ٧٥•

(٢) راجع د/اسماعيل غانم ، المرجع السابق ص٧٨•

(٣) راجع د/محمد كامل مرسى ، المرجع السابق ، فقرة ٣٨٠•

(٤) راجع د/البدراوى ، المرجع السابق فقـرة ١٠٤•

اذا كـان المطل المفتوح على أرضه موجودا فى حائط أقيم على الخط الفاصـــــل يجـب عليه أن يبتعد بالجدار الذى يقيمه مسافة متـر عن هـذا الخـــط حيـن يجـوز له أن يفتح فى هـذا الجدار مطـلا مواجها لملك جـــــاره لأن هـذا المطل يكـون حينئذ مفتوحـا فى حـدود المسافة القانونية لأنـــه. يبعد بمسافة متـــر عن ملك جاره (١) . واذا ترك الجـار المسافة القانونيـة وأقـام بناء فليس لصاحب المطـل أن يطلب ازالته لأن جاره قد احترم حـق المطل الذى يكسـب سواه . ولم يترتب له حـق ارتفاق بعدم البناء أو بعـدم التعلى . واذا هـدم البناء المفتوح فيه المطل ثم أعيد بناؤه رجع حق المطـل كما كـان قبل انهدامه ومن زيادة ولكـن اذا لم يعاد بناؤه فى خـــــلال خمس عشرة سنة من وقت انهدامه . فان حـق المطل لايعـود اذا ما أعيـد البناء بعد انقضـــاء هـذه المدة . لأنه يكـون قـد زال بعـدم الاستعمال طوال تلك المدة . غير أنه يشترط لكسب حـق المطل بالتقادم أن تتوافـــر فى حيازته الشروط القانونية فى الحيازة . وقد أكـدت هـذا المبدأ محكمـــة النقض المصرية فى أحـد أحكامها (٢) فقضت " بأن المطل المفتوح على أقـــل مـن المسافة القانونية لابـد لاعتبـاره مبدأ وضع يد على حـق ارتفاق بالمطـل يكسب بالتقادم من انتفاء مظنـة العفـو والفضل من جانب الجار ومن شبهـــه الاقتصار بالمطـل على القدر الذى تركه فاتحة من ملكه فاصلا بينه وبيـــن ملك الجـــار .

---

(١) راجع د/السنهورى ، المرجع السابق ص ٧٨٦.

(٢) راجع نقض مدنى ١٩٣٧/٣/٨ المحاماة السنة ١٧ ص١٠٣٥.

ثانيا : المنــــاور :

يقصد بالمنور الفتحة التى تكون فى الحائط (١) يقصد بها نفاذ الضـوء ومرور الهواء ولايمكـن النظر منهـا على ملك الجـار • وقد عرفت المادة ٨٢١٠٠ مدنى المنور بأنه " فتحة لايقصـد بها الا مرور الهـواء ونفـاذ النور دون أن يستطاع الاطلال منهـا على العقار المجاور • ويجب لذلك أن تعلو قاعدتهـــا على قامة الانسان " • ولايشترط ترك مسافة ما تخضع لها المناور • وذلـــك لانتفاء الحكمة مـن الاطـلال على ملك الجار • ولهـذا يجـوز للمالك أن يفتـح المنـور على حائـط يقيمه على الحـد الفاصل بين أرضه وأرض الجـار دون تـرك أى مسافـــة •

والمنـاور المعفاة مـن قيـد المسافة هى فتحات لاتسمح لصاحبها بأن يطــل ويخترق ببصـره عقار الجار لارتفاعهـا عن قامة الرجـل • وان كانت تســمح بدخـول الضوء ومرور الهـواء داخـل البناء التابع له • ولكـن يجوز للجـــار طلـب سد المناور المفتوحـة على ملكـه رغم مراعاة الارتفاع القانونى• اذا ثبـت أن المالك يسىء استعمالهــا • كما اذا أعتلى أشياء ليطل منها على الجــار• أو اعتاد أن يلقى منهـا على الجـار • أو اعتاد أن يلقى منها مخلفات منزلـــه فتسقط على ملك الجـار • فمثـل هـذا الاستعمال غير المشروع يجافى الغايـة التى توخاهـا المشرع من اباحـة فتح المناور • ويعد خرقا لالتزام محدثهـــا بأن يستعملها فيما أعدت له فقط • وهـو ادخـال النـور ومرور الهواء • ولذلك يصبح من حـق الجـار أن يطلب سد هذه المناور لتفادى استعمالها فيما لايقره

---

(١) يختلف المنور فى القانون الفرنسى عن القانون المصرى " بأنه الفتحـــة التى تسمح بمرور الضوء دون الهواء •

القانون [١] . ولايكسب مالك المناور حقا على عقار جاره بهذا المنور . لأنه يستعمل رخصة أجازها القانون [٢] ولذلك يجوز للجار أن يقيم بناء على حدود أرضه يترتب عليه سد هذا المنور . ولايجوز للجار أن يعترض على اقامة البناء أو أن يطلب منه هدمه . لأن فتح المنور لم يكسبه حقا على أرض الجار حتى ولو كانت اقامة البناء بعد أكثر من خمس عشرة سنة بقى فيها المنور مفتوحا على أرضه [٣] .

المناور غير المستوفاة لقيد الارتفاع :

اذا كان المنور غير مستوفيا لقيد الاتفاع الذى حدده القانون . بأن كان مفتوحا على ارتفاع من أرض الغرفة يقل عن قامة الانسان المعتاد . فانه يعتبر مطلا وليس منورا . ومن ثم تسرى فى شأنه أحكام المطلات [٤] فاذا لم يراع فيه قيد المسافة . يجوز للجار أن يعترض عليه ويطلب سده . ولايجوز لصاحبه الادعاء بأن الفتحة بحسب شكلها أو وضعها تعتبر منور لا مطلا . وأنه يقصد بها مجرد التهوية والاضاءة . لا الاطلال منها على عقار الجار اذ مادامت الفتحة ليست على الارتفاع الذى حدده القانون فهى تعتبر مطلا وفقا له [٥] .

---

(١) راجع د/محمد على عرفه فقرة ٢٥٤، العمده فقره ٩٩ .
(٢) راجع د/ اسماعيل غانم فقرة ٣٨، محمد على عرفه فقرة ٢٥٤ .
(٣) راجع د/ العمده فقرة ٩٩ .
(٤) راجع د/السنهورى فقرة ٢٤٨ .
(٥) راجع د/ جمال زكى ، فقرة ٤٦ .

المبحث الثالث

القيود الاتفاقية

" شرط المنع من التصرف "

تحديد معنى المنع من التصرف :

قد يقصد بالمنع من التصرف أنه الحظر الكلى الذى يكون بشروط معينه أو الى شخص معين وهذا هو المعنى الضيق للمنع من التصرف•وقد يقصد به معنا واسعاً فى شقيه • فانه يقوم فى نطاق الحق الشخصى كما يقوم فى نطاق الحق العينى • ويمكن أن يتقرر على درجات مختلفة بنص القانون أو بالارادة المنفردة (١) فمنع التأجير من الباطن أو حظر التنازل عن الايجار ليس الا منع للمستأجر من التصرف فى حقه الشخصى • هو منع يتقرر باتفاق الطرفين • والحلول محل المشترى للعقار فى الأحوال وبالشروط التى يضعها القانون للشفعة جبرا على البائع والمشترى • وعدم تصرف الشريك فى ملكية الأسرة فى نصيبه لأجنبى عن الأسرة الا بموافقة الشركاء جميعا كل ذلك ليس الا قيدا أنشأة القانون على حرية المالك فى اختيار الشخص الذى ينقل اليه مايملك • وكذلك ماتنص عليه المادة ١٦ من قانون الاصلاح الزراعى من أنه لايجوز لصاحب الأرض الموزعة عليه ولا للورثة من بعده التصرف فيها

---

(١) راجع د/أحمد سلامه الملكية الخاصة فى القانون المصرى عام١٩٦٨ص ٢١٠ •

قبل الوفاء بثمنها كاملا • ولايجوز قبل هذا الوفاء نزع ملكيتها سداد لدين الا أن يكون دينا للحكومة أو لبنك التسليف الزراعى أو للجمعية التعاونية • كل هذه الحالات السابقة وغيرها لم يستوقف نظر الفقه رغم أنها تنطوى على منع من التصرف • وانما استوقف الفقه منع بالمعنى الضيق يتقرر بالارادة ويحظر على المالك أن يتصرف فى ملكه بالمعنى الضيق لكلمة تصرف • ولعل السبب في ذلك له شقان : الأول : أن المنع يتقرر بنص القانون سواء كان كليا أم جزئيا لايعرض أمره من حيث الجواز أو عدم الجواز •وانما يعرض من حيث الأحكام والجزاء على مخالفته • هذا بالاضافة الى أن هذا المنع يتقرر فى حالات خاصة تستعصى على التأصيل • والأمر الثانى : أن المنع الذى يتقرر بنص القانون أو بالارادة يكون متعلقا بحق شخص لايتنافر مع جوهر الحق الشخصى • ويترك أمره دائما لمبدأ سلطان الارادة (١) • واذن يبقى المنع الارادى من التصرف فى الملكية هو المعول عليه فى هذا البحث •

الشرط الارادى المانع من التصرف :

لقد نصت المادة ٨٢٣ مدنى على أنه " اذا تضمن العقد أو الوصية شرطا يقضى بمنع التصرف فى مال فلا يصح هذا الشرط مالم يكن مبنيا على باعث مشروع ومقصور على مدة معقولة • ويكون الباعث مشروعا متى كان

---

(١) راجع د/أحمد سلامة الملكية الخاصة فى القانون المصرى عام١٩٦٨ص٢١٠

المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعه للمتصرف أو للمتصرف اليه أو للغير . والمدة المعقولة تستغرق مدى حياة المتصرف اليه أو الغير "(١).

يتضح من هذا النص أن المقصود بالمنع من التصرف هو المنع الارادى من التصرف فى الملك سواء كان الشىء عقارا أو منقولا . والمنع يكون اراديا فى تصرف قانوني يستوى أن يكون عقدا أو من جانب واحد وقد درج التطبيق العملى على صياغته فى شكل بند من بنود التصرف يطلق عليه " الشرط المانع من التصرف " . وأول مايمكن الوصول اليه أنه لابد أن يكون هناك نقل للملكية . وأن يتعاصر الاشتراط مع هذا النقل . ومن ثم لايجوز أن يقوم الاشتراط منفردا وسابقا على التصرف الناقل . فان ورد وقع باطلا . والسبب الرئيسى لهذا البطلان هو أنه لايوجد شخص مشترط عليه . ومعلوم أنه لايجوز للمشترط أن يكون هو المشترط عليه . فالارادة فى هذه الصورة لايعتد بها القانون . ويمكن أن يضاف الى ذلك أن قرين المنع من التصرف هو عدم القابلية للحجز . ولايجوز للشخص بارادته المنفردة أن يقرر أن مالا من أمواله لايقبل الحجز (٢) فهذا يقلل من حق الضمان العام لدائنيه . أما القول بأن الشرط المانع لابد أن يكون عقد أو وصيه فهول قول غير حاسم . فالقول بأن الارادة المنفردة لابد وأن

---

(١) لقد جسم المشرع الأمر بالنص صراحة على الشرط المانع من التصرف خلاف الحال فى التقنين الملغى حيث كان هذا الشرط يقنن أحكام القضاء .

(٢) راجع د/ اسماعيل غانم ص ٧٨ د/منصور مصطفى بند ٤٤.

تعتمد فى انتاج أثرها على نص تشريعى أمر غير مسلم به من الجميع • والفصل فيه يجر الى مسألة هامة • هى : هل تقتصر فاعلية الارادة المنفرده المنشئة على التطبيقات التشريعية أم يمكن أن يكون لها هذه الفاعلية خارج هذه التطبيقات [١] وكل مايمكن القول به فى هذا الصدد أن الارادة المنفردة التى يعتد بها القانون سواء فى نطاق التطبيقات التشريعية أو فى خارجها هى تلك التى تنشىء حقا للغير • ومعلوم أن الصورة التى تناقشها لاتنشىء فيها ارادة المالك المشترط حقا للغير • واذا أنشأت حقا للغير حيث يكون هذا الغير صاحب المصلحة من الشرط • فان الملتزم لن يكون هو صاحب هذه الارادة • بل هو شخص آخر [٢] واذا كان من المتفق عليه هو بطلان الشرط المانع من التصرف الذى يشترطه المالك على نفسه ويكون سابقا على انعقاد التصرف الناقل • فهل يصح الشرط الذى يضاف بعد انعقاد التصرف ؟•

لانعتقد ذلك لأنه يتضح من استطلاع نص المادة ٨٢٣ مدنى أن المشرع لايتصور الشرط المانع الا ضمن العقد الناقل أو المنشىء للحق• أما أن يضاف فى هذا الشرط بعد النقل أو الانشاء فتلك صورة لايجيزها المشرع [٣] والتصرف الذى يتضمن الشرط المانع من التصرف له صورتان :

---

(١) راجع السنهورى ، الوسيط جـ٨ ص ٥٠٨•

(٢) د/أحمد سلامة النقد الانفرادى فى القانون المصرى والمقارن ،رسالة دكتوراه ١٩٥٧••

(٣) راجر د/ اسماعيل غانم يزى النظر الى المصلحة التى يرمى الى حمايتها وبين النتائج التى تترتب عليها ص ٧٩•

الصــورة الأولى :

العقد فى معظم الأحــوال غالبا مايكــون من عقود التبرع لأنـــــه اذا كــان من عقــود المعاوضة فليست هناك أية مصلحــة أدبية تدعوا الـــــى أن يشترط المنــع • كما وأن المصلحة المادية تنتفى بدورها اذا كــان البائــع قد قبض الثمن • أمــا اذا كــان لم يقبضه فقد يبدو أن له مصلحة فـــــى اشتراط عدم التصرف •

الصــورة الثانية :

الارادة المنفــردة لقــد ذكــر المشرع في المادة ٨٢٣ مدنى الوصيــة تطبيقا لنموذج الارادة المنفردة مما قــد يوحى فى الذهن أنه لاينطبق علــــى التصرفات الارادية الأخــرى كالدعــوى بجائزة • ولكن الراجح فقها أن المشـــرع لم يذكــر الوصية ليس الا مثالا للتصرف الانفرادى وأنها ليست هى الصــــورة الوحيدة • ويجب أن يكــون التصرف ناقلا للملكية أو منشئا لحــق عينـــى أصلى • فاذا لم يكــن كذلك بطل الشرط• وتطبيقا لذلك فان الشرط الــذى يشترطه المرتهن على الراهن ألا يتصــرف فى المــال المرهــون مادام حـــق الرهــن قائما يكــون شرط غير صحيح • فهــو لم يرد فى تصرف ناقــــل للملكية أو منشىء لحــق عينى أصلى (١) • وأخيرا بالرغم من أن المشـــرع

---

(١) راجع د/ محمد على عمران المرجع السابق ص ٢٦٠•

لم ينظم الشرط المانع من التصرف الا بصدد حق الملكية • فانه من حيث المبدأ يصح هذا الشرط بالنسبة لأى حق عينى آخر مما يجوز التصرف فيه • فيجوز أن يشترط على المنتفع عدم التصرف فى حق الانتفاع • ويجوز أن يشترط على متلقى ملكية الرقبة عدم التصرف فيها •

الشروط التى يجب توافرها لصحة الشرط المانع من التصرف :

يتضح من مما سبق بعد أن عرضنا لنطاق الشرط المانع من التصرف • أن المشرع فى المادة ٨٢٣ مدنى يشترط لصحة هذا الشرط المانع توافر شرطان :

أولا -: **الباعث المشروع :**

نصت المادة ٨٢٣ مدنى على هذا الشرط " فلا يصح هذا الشرط مالم يكن الباعث مشروعا •••••• الخ " ومن هنا يمكن القول بأن المشرع اشترط لصحة الشرط المانع من التصرف أن يكون مبنيا على باعث مشروع • وهذا الشرط هو مايبرر صحة اشتراط منع التصرف وينقذه من البطلان [١] لكن ماهو هذا الباعث المشروع ؟ •

أجاب المشرع صراحة على ذلك فى عجز نص المادة ٢/٨٢٣ مدنى

---

(١) وعلى تعبير جوسران " الباعث المنقذ "

gosserand- dvoit privé paris1928

" ويكون الباعث مشروعا متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو للمتصرف اليه أو الغير " • وبالفحص الدقيق لهذا النص نجد أن المشرع ربط بين هذا الباعث وبين المصلحة المراد حمايتها ــ واذن فالمصلحة هي عنوان الباعث • فاذا كانت مشروعة كان مشروعا •واذا كانت غير مشروعة كان غير مشروع • ولقد أصاب المشرع حين عبر بلفظ المتصرف زالمتصرف اليه لأن النص يتحدث عن ضرورة أن يرد الشرط المانع في تصرف ناقل أو منشىء لحق عينى • أى ذلك الذى يكسب شخصا حقا عينيا أصليا (١) • فقد يكون الشرط قد قصد به حماية مصلحة مشروعة للمتصرف ومثل ذلك أن يهب عمرو أحد أمواله الى زيد مع احتفاظه لنفسه بحق الانتفاع • وذلك لضمان الايراد المرتب لمدى حياته • وقد يكون القصد من الشرط حماية مصلحة مشروعة للمتصرف اليه • كأن يكون القصد حماية المتصرف اليه من نفسه ضد طيشه أو عدم تجربته أو تبذيره • فيشترط المتصرف عدم جواز التصرف فى المال الموهوب حتى يبلغ الموهوب له سن النضوج • وآخيرا قد تكون المصلحة التى قصد تحقيقها هى مصلحة شخص ثالث • كأن ينقل المالك ملكية الشىء الى آخر على أن يؤدى ايرادا مدى الحياة لثالث • وضمانا لآداء المكتسب أقساط الايراد يشترط المتصرف عدم جواز التصرف فى الشىء حتى انتهاء دفع الايراد أى حتى موت صاحب الحق فى الايراد • فالباعث

---

(١) راجع د/ أحمد سلامة ، الملكية الخاصة ١٩٦٨ص ٢١٦ •

المشروع وهو الباعث الذى ينظر اليه دائما عند المتصرف وهو المشترط [١] ٠ فاذا لم يتوافر هذا الباعث المشروع الذي يحقق مصلحة جدية حتى ولو كانت أدبية محضة ٠ كان الشرط باطلا ٠ وتقدير ما اذا كان الباعث مشروعا أم لا هو مما يدخل فى السلطة الموضوعية لقاضى الموضوع طالما بنى رأيه على أسباب سائغه [٢] ٠

ثانيا : المدة المعقولة :

لقد نص على شرط المدة المعقولة المادة ٣/٨٢٣ مدنى "والمدة المعقولة يجوز أن تستغرق مدي حياة المتصرف أو المتصرف اليه أو الغير" ٠ فلا يصح الشرط المانع من التصرف اذا كان مؤبدا ٠ اذ يجب أن يكون الشرط المانع من التصرف مقصورا علي مدة معقولة ٠ لأن ذلك يجرد المالك من سلطة التصرف فى ماله الا مالا نهاية [٣] وبالتالى تزول عنه أهم السلطات التى تخولها الملكية ٠ هذا فضلا عن الأضرار الاقتصادية التى تعود على المجتمع من حبس المال عن التداول [٤] وقد نص المشرع صراحة على أنه لايجوز أن تستغرق المدة المعقولة مدى حياة المتصرف أو المصترف اليه أو الغير ٠ ولكن اعترض بعض الفقهاء على ذلك [٥] ويرى

---

(١) راجع د/ المنعم البدراوى ، المرجع السابق ص ٩١٠

(٢) راجع نقض مدنيى٢٧/٦/١٩٦٨ السنة ١٩ ص ١٢٤٤٠

(٣) راجع د/توفيق فرج ، المرجع السابق ص ١٤٦٠

(٤) راجع الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٧٦٠

(٥) راجع د/ البدراوى ، المرجع السابق ص ١٠٣٠

أنه لايجـوز أن يستغرق مدى حياة المتصرف اليه الممنوع من التصرف • ولكـن لايشايع الفقه هذا الاتجاه نظـرا لصراحة النص على ذلك [(١)] رغم أنه فيــه تحليل منطقى • فيجوز أن يكـون الشرط المانع من التصرف معقـودا لمـدى حياة المتصرف • ومثال ذلك أن يهـب الشخص لآخـر مالا ويشترط عليــه أن يؤدى اليه مرتبه مدى حياته • ويشترط عليه تبعا لذلك عدم التصـرف فى المـال الموهوب طوال حياته • فمثل هذا الشرط يقع صحيحا • اذ تبـدو مصلحة المتصرف واضحة من اشتراط منع المتصرف اليه مـن التصرف طـوال حياة المتصرف • ويجوز أيضا أن يكـون الشرط المانع من التصرف معقـودا لمدى حياة المتصرف اليه • فاذا ذهب شخص لآخـر مالا واشترط عليــه لعلمه بطيشــه واسرافه عدم جـواز التصرف فى هذا المال طوال حياته (حياة المتصرف اليه) فان هذا الشرط يقع أيضا صحيحا • ويكون الشرط المانــع من التصرف أيضا صحيحا اذا كانت مدته هـى مدى حياة الغير • فاذا ذهـب شخص لآخـر مالا واشترط عليه أداء مرتب مدى الحياة لشخص من الغيــر واقترن هـذا الشرط بمنع المتصرف اليه من التصرف فى المال الموهــوب طوال حياة الغير • فان الشرط المانع من التصرف هنا أيضا صحيحا • ولمـا كانت حياة المتصرف أو المتصرف اليه غير معلومه مسبقا اذ الحياة أو المـوت علمها ونهايتنا عند الله • فلا يمكن التنبـؤ بذلك • فانه من الصعب تحديـد متى تكون هـذه المدة معقولة • ومن ثم فلا مناص من ترك هذه المــدة

---

(١) راجع د/ أحمد سلامة ، المرجع السابق ص٢٢٢٠

فى تحديدها لقاضى الموضوع • وهـو يفصل فى ذلك حسب ظروف كل حالـة على حده وخصوصا حسب الحاجـة التى دعت اليه • فاذا زالت هذه الحاجـة زال الأساس الذى يستند اليه الشرط •

الجـزاء على عدم استجماع شروط المنع من التصرف :

يترتب على عدم استجماع هـذه الشروط السابقة عدم صحـة الشرط [1] أى عدم الاعتداد به واعتباره كأن لم يوضع • ولكن هل يقف الأمـر عند هذا الحد • فيبطل الشرط ولايبطل التصرف الذى تضمنه أم أن الشـرط يبطل ويبطل التصرف ؟ • يجب هنا التفرقة بين فرضيين • الأول :أن يكون المنع قد نزل منزلة الباعث الدافع الى التعاقـد فهنا يؤدى ذلك الى بطـلان الشرط وليس التصرف • والثانى : أما لم يبلغ الشرط هذه المنزلة فان عـدم صحته لاتمس قيام التصرف • ويكـون للمتصرف اليه أن يتصرف كما لو لـم يشترط عليه المتصرف أى شيء •

(اذا تعين أن يبطل الشـرط • وثبت أنه كـان الباعث الدافـع فهـل يمكـن للقاضى بدلا من الحكم بالبطلان أن ينفذ التصرف عن طريـق اعمـال سلطته الوارده فى المـادة ١٤٣ مدنى التى نصت على " اذا كان العقد فى شق منه باطلا أو قابل للابطـال • فهـذا الشق وحده هو الذى يبطـل الا اذا تبين أن العقـد ما كـان ليتم بغير الشق الذى وقع باطلا أو قابـلا

---

(١) راجع د/أحمد سلامه ، المرجع السابق ص٢٢٢•



للابطال . فيبطل العقد كله . هذا التساؤل لايثور الا بالنسبة لشرط المدة المعقولة . أما بالنسبة لمشروعية الباعث فلا تجدى فى شأنها سلطة القاضى فى الانقاص . فهو اذا أراد أن يتدخل فى شأنها قام بعمل ايجابى أو أضاف الى التصرف باعثا آخر (هو أمر لايملكه . اذ كل مايكون له هو الحذف لا الاضافة . أما بالنسبة لمعقولية المدة فمن المتصور عقلا أن يعمل القاضى سلطته بالنسبة لها .

آثار الشرط المانع من التصرف :

اذا صح الشرط المانع من التصرف ترتب عليه مايلى :

أولا : عدم جواز التصرف :

فى واقع الأمر ان هذا الأثر يثير تسؤلات كثيرة منها ماذا يقصد بالتصرف غير الجائز . ومامعنى عدم الجواز . وماهى علته ؟.

المقصود بالتصرف هنا هو ليس مطلق التصرف القانونى . وانما هو عمل التصرف (١) بل ان أعمال التصرف ليست كلها محظورة . وانما المحظور هو ذات عمل التصرف الذى اشترط عدم القيام به . فاذا لم يسم المشترط تصرفا معينا فسرت ارادته على أساس أنها تشترط حظر التصرف الذى يتعارض مع المصلحة التى دفعت الى اشتراط المنع . وأنها ترضى بالتصرف الذى

---

(١) راجع البدراوى ، المرجع السابق ،شرط الاستبدال ،ص ٩٥.

لايتعارض أو لايفوت هـذه المصلحة وبناء على ذلك يمكن التوصـل الـى النتائج التالية :

١ ـ لا أثر للشرط على القيام بأعمـال الادارة أو أعمال الحفظ ولا الأعمـال الكاشفة مثل القسمة • فهى ليست من أعمال التصرف •

٢ ـ أنه اذا منع التصرف الا مع استبدال مال آخر كـان الممنوع فقـط هـو التصرف دون استبدال (١) أما التصرف فى المال وبدال مـال آخـر فهـو جائز : ومن المتفق عليه أن المال الجديد يحل حلـولا عينيا محـل المال المتصرف فيه • فيحل المال الجديد بالمنـع من التصرف بنفس المدة والقيود التى كان يتحملها المال القديم •

٣ ـ أنه اذا منع التصرف التبرعى أمكـن أن يتم معاوضه • أما اذا جـاء المنع مطلقا فان التصـرف يمنـع سواء كان معاوضة أو تبرعا • واذا جاء حظر التصرف دون تحديد كـان من المؤكـد أنه يمنع نقل الملكيـة

٤ ـ أن الضرورة أو المصلحة قد تقتضى مخالفة الشرط على أن تتم المخالفة باذن من القضاء • ومثل ذلك حين يكـون المال المشترط عـدم التصرف فيه منزلا آيلا للسقوط ولم يوافق المشترط على التصرف فيـه يكـون للمشترط عليه أن يلجـأ الى القضاء يطلب منه الاذن بالتصـرف ويكـون للقضاء متـى تأكـد من جدية مبررات التصرفات أن يـأذن

---

(١) راجع د/ البدراوى ، المرجع السابق ، شرط الاستبدال ، ص٩٥ •

به منع الزام المشترط عليه أن يشترى بالثمن مالا آخر يحل محل المنزل (١).

٥ - أن أساس التصرف هو الارادة ومن ثم فلا يمتنع على المالك بأن يقوم بالأعمال المادية • كما لا يمتنع عليه أيضا أن يقوم بنقل المال الى الغير بسبب غير ارادى مثل الميراث والتقادم المكسب ونزع الملكية•

ثانيا : عدم جواز التنفيذ :

يكاد الاجماع ينعقد فى الفقه الفرنسى المصرى على أن عدم قابلية المال للتصرف نتيجة الشرط المانع تستتبع بطريق اللزوم عدم جواز الحجز عليه • وذلك تأسيا على أنه لن يكون للشرط قيمة اذا أمكن لدائنى المالك أن يحجزوا على المال • فلو أبيح الحجز لفتح الباب على مصراعيه أما التحايل •اذ يكفى أن يصطنع المالك أنه مدين ولا يفى فيقوم الدائن بتوقيع الحجز على المال وبيبيعه • وتلك النتيجة من السهل الوصول اليها • ويتوافر المنع من التصرف فى التصرفات الادارية كما يتوافر أيضا بالنسبة للتصرفات الجبرية (٢).

ومن هنا يتضح أن عدم جواز الحجز لم يتقرر لذاته وانما لأنه

---

(١) راجع د/ اسماعيل غانم ، المرجع السابق ص٨٩، د/منصور مصطفى منصور ص ١٧٦•

(٢) راجع د/ أحمد سلامه ، الملكية الخاصة ص ٢٣٨•

التكملة الطبيعية والضرورية للشرط المانع أو لأنه مما يدخل فى مدلوله المنع من التصرف . ويترتب على هذا نتيجة هامه هى عدم جواز الحجز انما يكون بنفس القدر الذى يتوافر بالنسبة لعدم جواز التصرف . فاذا كان التصرف جائزا كان الحجز جائزا . ويظل المنع قائما طوال مدة المنع من التصرف [1] . فاذا انتهت المدة أمكن الحجز والتفنيذ على المال المذكور .

هذا وقد يرد شرط المنع من الحجز مستقلا عن شرط المنع من التصرف . أى قد ينص على عدم قابلية المال الموهوب أو الموصى به للحجز دون أن يصطحب ذلك باشتراط المنع من التصرف . فماذا يكون الحكم ؟ . لقد نصت المادة ٣٠٨ مرافعات " أن الأموال الموهوبة أو الموصى بها مع اشتراط جواز الحجز عليها لايجوز حجزها من دائنى الموهوب أو الموصى له الذين نشأ دينهم قبل الهبة أو الوصية الا لدين نفقة مقررة ويكون فى حدود الربع " . ونرى أن هذا المنع منطقى لأن الواجب أو الموصى له هو الذى تسبب فى تملك الموهوب أو الموصى له بغير مقابل ومن ثم يقدر من حقه ان يحرم هذا المال الدائنيين السابقة ديونهم على الهبة أو الوصية من التنفيذ . ولامبرر لهذه التفرقة بين دائن نشأ دينه قبل المنع أو أثناء قيامه . فطالما انقضت مدة الشرط أصبح المال قابلا للتصرف فيه وبالتالى قابلا للحجز عليه . ويجمع الفقة المصرى على هذه النتيجة حيث يكون المقصود من الشرط حماية مصلحة للمشترط أو للغير،

---

(١) راجع د/ توفيق فرج ، المرجع السابق ، ص ١٥٠.

ولكنها لاتوافق عليها عندما يكون الغرض من الشرط حماية المالك من سوء تصرفه ورعونته وترى أن الدائن الذى يجوز له الحجز هو الذى نشأ دينه قبل الشرط • أما الدائن الذى نشأ دينه أثناء المنع فلا يجوز له أن يحجز على المال حتى بعد انتهاء المدة [1] • -

جزاء مخالفة الشرط المانع من التصرف :

نصت المادة ٨٢٤ مدنى " اذا كان شرط المنع من التصرف الوارد أو الوصيه صحيحا طبقا للأحكام السابقة • فكل تصرف مخالف له يقع باطلا " •

وترتيبا على ماتقدم • فان التصرف المخالف باطلا • ولكن ماذا يقصد المشرع من هذا البطلان هل هو البطلان المطلق أم البطلان النسبى ؟ هذه المسألة أثارت خلافا فى أوساط دوائر الفقه فمنهم من رأى أن المقصود بالبطلان هو البطلان المطلق نظرا لصراحة النص• وأنه لا آجتهاد ايذاء ذلك • ومنهم من رأى أن البطلان المقصود هنا هو البطلان النسبى نظرا لتعلق التصرف بالمصالح الخاصة وأن طلب البطلان يقتصر على صاحب المصلحة • وسوف نعرض لهذان الاتجاهان ثم نرجح الاتجاه الذى يكون متسقا مع التفسير الصحيح لقواعد القانون واعتبارات العداله •

---

(١) راجع د/محمد على عرفه ص٣٧٢، د/محمد كامل مرسى جـ١ ص٥٢٤، د/اسماعيل غانم ص ٩٣ ، د/ الصدة ص ١٧٩ •

الاتجـاه الأول :

يرى أن البطلان المقصود من النص هـو البطلان المطلق [(١)] .
وآية ذلك أن عدم جواز التصرف يجعل التصرف المخالف باطلا بطلانا ومـرد هـذا البطلان الى عدم قابلية المـال للتصرف . وقد أوردت الأعمـال التحضيرية مايقطع بذلك اذا أوردت " ولذا توافر الشرطان اللذان تقدم ذكرهمـا وهما مشروعية الباعث والمدة المعقولة فالشرط المانع من التصرف صحيح. فـان تمت مخالفته كـان التصرف باطلا بطلانا مطلقا لعدم قابلية المال للتصرف " .
هـذا ويلاحـظ أن المـادة ٨٢٤ مدنى سالفة الذكـر قد استعملت عبـارة " يقـع باطلا " الأمـر الذى يفيد أن التصرف المخالف يقع باطلا مطلقـا لأن المشرع جرى على تخصيص كلمة البطلان للتعبير عن البطلان المطلق. ولو أراد المشرع أن يكـون البطلان نسبيا كـان قد استعمل تعبير قابلا للابطال ويضيف أستاذنا الجليل الدكتور عبدالرازق السنهورى [(٢)] أن المشرع قد قصـد تماما أن يرتب البطلان المطلق جزاء على مخالفة الشرط . وذلك لكى يعالـج عيبا وقع فيه القضاء الفرنسى عندما اتجه الى البطلان المطلق هو الذى يعطـى الشرط المانع قيمة عملية تؤدى الى اسقاط كل تصرف يصدر مخالفا للشـرط. يستوى أن يكـون قـد تقـرر لمصلحة المتصرف أو لمصلحة المتصرف اليـه

---

(١) راجع د/أحمـد سلامة الملكية الخاصة فى القانون المصرى ص ٢٣٤.
(٢) راجع د/السنهورى الوسيط ص ٨٨٧.

أو لمصلحة الغير . وأضاف البعض الى ذلك [١] أن ارادة المشرع واضحة وقاطعة فى اعتبار الجزاء هو البطلان المطلق ومن ثم فلا مجال للاجتهاد . واعتبار الشرط يهدف الى مصلحة خاصة لآحاد الناس وبالتالى يكون باطلا بطلانا نسبيا . فهذا قول مردود عليه أن هذا يصح لتحديد الجزاء حيث يسكت المشرع لا حيث يصرح ويتكلم . ويترتب على اعتبار الجزاء هو البطلان المطلق أنه يكون للمشترط فى كل الأحوال أن يطلبه اذا كان له مصلحة فى ذلك . ويطلبه كذلك المتصرف اليه وهو طرف فى العقد الباطل . كما يكون للغير أن يطلبه اذا كان الشرط المانع أريد به أن يحمى له مصلحة مشروعه . ولقد تسأل أنصار هذا الاتجاه عن الأساس الفنى للبطلان المطلق ؟

تأثر جانب من الفقه المصرى [٢] بما ساد فى فرنسا من أن المال المشترط عدم التصرف فيه يكون موصوفا بوصف خاص هو عدم جواز تصرف عينى والعينية هنا ترد على الشىء ذاته وليس على سلطات مالك هذا الشىء [٣] ولكن هذا القول لقى معارضة من بعض الفقهاء [٤] على أساس أن فكرة التكليف العينى فكرة مبهمة لايساعد الأخذ بها على استخلاص قواعد واضحة تحكم الشرط المانع من التصرف . وليس أمام أصحابها فى سبيل زيادتها

---

(١) راجع د/أحمد سلامه ، المرجع السابق ص ٢٣٥.

(٢) راجع د/محمد على عرفه ، بند ٢٨١ ص ٣٦٩.

(٣) راجع بيبران ونواران ص ٢٨٩ بند ٢٦٣.

(٤) راجع د/اسماعيل غانم بند٣٩، د/حسن كيره بند٩١ ، د/العمده بند ١١٣ .

الا ادراجها بين الحقوق العينيه المتفرعة عن حق الملكية • ويضيف الأستاذ الدكتور السنهورى أن هذا الرأى غير منطقى • اذ متى تقرر أن المال غير قابل للتصرف فيه لوجب أن يكون باطلا بطلانا مطلقا كل تصرف يرد عليه • مع أن السائد فى الفقه الفرنسى أن التصرف فى هذا المجال هو القابلية للابطال [(١)] • واذا كان الأمر كذلك فلا نرى مانعا من القول بأن المال يكون مجملا بتكليف عينى أو بعبء عينى من مقتضاه

المال غير قابل للتصرف فيه فى الحدود التى تحميها المصلحة المراد حمايتها • وأنه لامجال للقول أن هذه الفكرة مبهمة • اذ هى ليست أكثر ابهاما من فكرة الالتزام العينى [(٢)] ويترتب على أن الشرط المانع يثقل المال بتكليف عينى نتيجتان هما :

١ ـ أنه حيث يكون المال عقارا يجب تشجيل الشرط حيث يترتب عليه آثاره طبقا للمادة ٩ شهر عقارى •

٢ ـ أنه حيث يكون المال منقولا فان التكليف يمكن أن يسقط بالحيازة القانونية المقترنة بحسن النيه عملا بالمادة ٢/٩٧٦ مدنى •

الاتجاه الثانى :

يرى أنصاره أن البطلان المقصود فى المادة ٨٢٤ مدنى هو البطلان النسبى [(٣)] وهذا هو مجموع ماذهب اليه غالبية الفقة المصرى • اذ أن مقتضى

---

(١) راجع د/ أحمد سلامه ، المرجع السابق ص ٢٣٦•

(٢) راجع د/أحمد سلامه ، المرجع السابق ص ٢٣٧•

(٣) راجع د/محمد على عمران ص ٢٦٦ ، محمد لبيب شنب فقرة ٢٥٤ ، د/محمد على عرفه بند ٦١ ، د/محمدكامل مرسى بند ٦٣•

البطلان المطلق فى نظر أصحاب الاتجاه السابق هو أن يكون لكل ذى مصلحة أن يتمسك به . وللمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها . كما وأنه لايزول بالاجازة . وهذه السمات لايمكن القول بها بالنسبة للشرط المانع من التصرف الذى يهدف الى حماية مصلحة خاصة لشخص معين . ومن ثم يكون هذا الشخص هو صاحب الشأن الأول والأخير فى طلب البطلان أو عدم طلبه . كما يمكن له التنازل عنه باجازة التصرف المخالف . والبطلان النسبى لايتقرر الا بمصلحة أحد المتعاقدين . وأما عن القول بأن المشرع استعمل عبارة " يقع باطلا فى نص المادة ٨٢٤ مدنى فهو حجية لفظية لاتكفى لتأصيل حلول تتعارض كل التعارض مع الغرض المقصود من الشرط المانع وهو حماية مصلحة خاصة لشخص معين . وبالتالى فالبطلان الوارد فى هذا النص لايمكن أن يكون مطلقا . بل هو مقرر لمصلحة من تقرر الشرط المانع لحمايته . فاذا كان الشرط المانع من التصرف تقرر لصالح المتصرف اليه جاز له أن يتمسك ببطلان التصرف . واذا تقرر لحماية الغير فله أن يتمسك بابطال التصرف المخالف . وللمتصرف أيضا كذلك . وطالما أن البطلان هنا نسبى . فهو لايتعلق بالنظام العام . أى لايجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها . وقد أيدت محكمة النقض المصرية هذا الاتجاه فقضت فى أحد أحكامها [١] " بأن جزاء مخالفة الشرط المانع من التصرف هو بطلان التصرف المخالف بطلانا نسبيا دون حاجة الى فسخ التصرف الأصلى وفقا للمادة ٨٢٤ مدنى" .

---

(١) راجع نقض مدنى ١٩٧٥/٨/٣١ الطعن ٧٥٠ لسنة ٤٠ق لم ينشر هذا الحكم .

وإيذاء هذا التعارض فى الرأى فاننا نفضل الأخذ بما ذهب اليه أنصار الاتجاه الأول اذ أنه أمام صراحة النص لا مورد للاجتهاد • فطالما أن المشرع استعمل عبارة " يقع باطلا " فان المقصود هنا هو البطلان المطلق وليس النسبى ولو أراد المشرع الأخير لكان قد استعمل لفظ " قابلا للابطال " كما هو معلوم من مطالعة نصوص التقنين المدنى المصرى الحديث•

ولكن التساؤل الذى يثور اذا تمت مخالفة هذا الشرط ووقع التصرف باطلا على هذا النحو • هل ينطبق هذا الجزاء على التصرف الأصلى• أم التصرف المخالف فقط ؟ قد ينص الطرفان فى التصرف على أن مخالفة هذا الشرط توجب الفسخ وهنا يجب فسخ التصرف (١) لكن اذا خلا الاتفاق من هذا الجزاء • هنا لامناص من الحكم ببطلان التصرف المخالف فقط دون التصرف الأصلى • وهذا الحل هو الذى يتفق مع الغاية التى يرمى اليها المتصرف وهى ابقاء المال فى يد المتصرف اليه • وهو مايتحقق ببطلان التصرف الذى يجريه هذا الأخير على خلاف الشرط (٢) •

الطبيعة القانونية للشرط المانع من التصرف :

اختلف الشراح فى تحديد طبيعة الشرط المانع من التصرف فمنهم من ذهب الى القول بأن الشرط المانع من التصرف يطبع الشىء بطابع عينى هو عدم قابليته للصترف • أى أن الشىء لايجوز له التصرف فيه • ولكن

---

(١) راجع نقض مدنى ١٩٦٨/٦/٢٧ ، السنة ٩ ص١١٢٤•

(٢) راجع الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٧٧•

هذا القول فى مجافاة للحقيقة اذ لو أخذ بذلك لكان البطلان المترتب على مخالفة الشرط هو البطلان المطلق (١) .

بينما ذهب البعض الآخر الى أن الشرط المانع من التصرف ينتقص من أهلية الممنوع من التصرف (٢) . ولكن هذا الرأى غير سليم من الناحية القانونية . اذ أن أحكام الأهلية تتعلق بالنظام العام فكيف يتسنى للأفراد الاتفاق على مخالفتها . غير أن بعض الفقهاء رأى أن هذا النقد غير حاسم فى القانون المصرى (٣) اذ يمكن اعتبار نص المادة ٨٢٤ منشئا وليس استثناا على مبدأ حظر تعديل أحكام الأهلية بالاتفاق . بينما ذهب البعض الآخر الى أن النقد الحاسم هنا (٤) فهو أن هذا الشرط اذا أريد ربطة بالأهلية فأنها ستكون بالتأكيد أهلية الآداء لأنه يتعلق بقدره الشخص على التصرف . ولكن من المعلوم أنه عند نقص أهلية الآداء أو انعدامها يكون فى الامكان أن يقوم بالتصرف نائب عن ناقص أو عدم الأهلية وهذا ليس هو المقصود بالنسبة للشرط المانع من التصرف . اذ لايستطيع أن يباشر التصرف بطريق النيابة . ويضيف أستاذنا الجليل السنهورى أنه لو سلمنا جدلا بنقص الأهلية لما جاز طلب البطلان لغير المتصر اليه مع أنه يجوز لغيره أن يطلبه (٥) .

---

(١) راجع د/عمران ص ٢٦٨.
(٢) راجع د/ البدراوى بند ٧٦ ، د/شفيق شحاته بند ١٠٣ .
(٣) راجع د/ اسماعيل غانم ص ٨٣ ، والعمدة ص ١٧٢.
(٤) راجع د/ منصور مصطفى ص ١٠٨ .
(٥) راجع د/السنهورى ، الوسيط جـ ٨ ص ٥٢٣.

هذا وقد ذهب اتجاه ثالث • يرى أن الشرط المانع من التصرف ينشيء التزاما بالامتناع عن عمل يقع على عاتق المشترط عليه [(١)] ولكن هذا الاتجاه يمكن الاعتراض عليه من ناحيتين [(٢)] :

أولا : من حيث الأساس المنطقى :

ففى الأحوال التى يتقرر فيها الشرط حماية للمشترط عليه أن المالك فيكون للمالك دائنا بالالتزام وهو فى نفس الوقت مدين به • فهو الملتزم بعدم التصرف • ولكن اعترض على ذلك البعض من الفقه [(٣)] أن غالب الأمور فى الالتزام بالامتناع عن عمل يكون مفروضا على المدين الممنوع من التصرف لمصلحة الدائن •

ثانيا : من حيث النتائج التى يؤدى اليها :

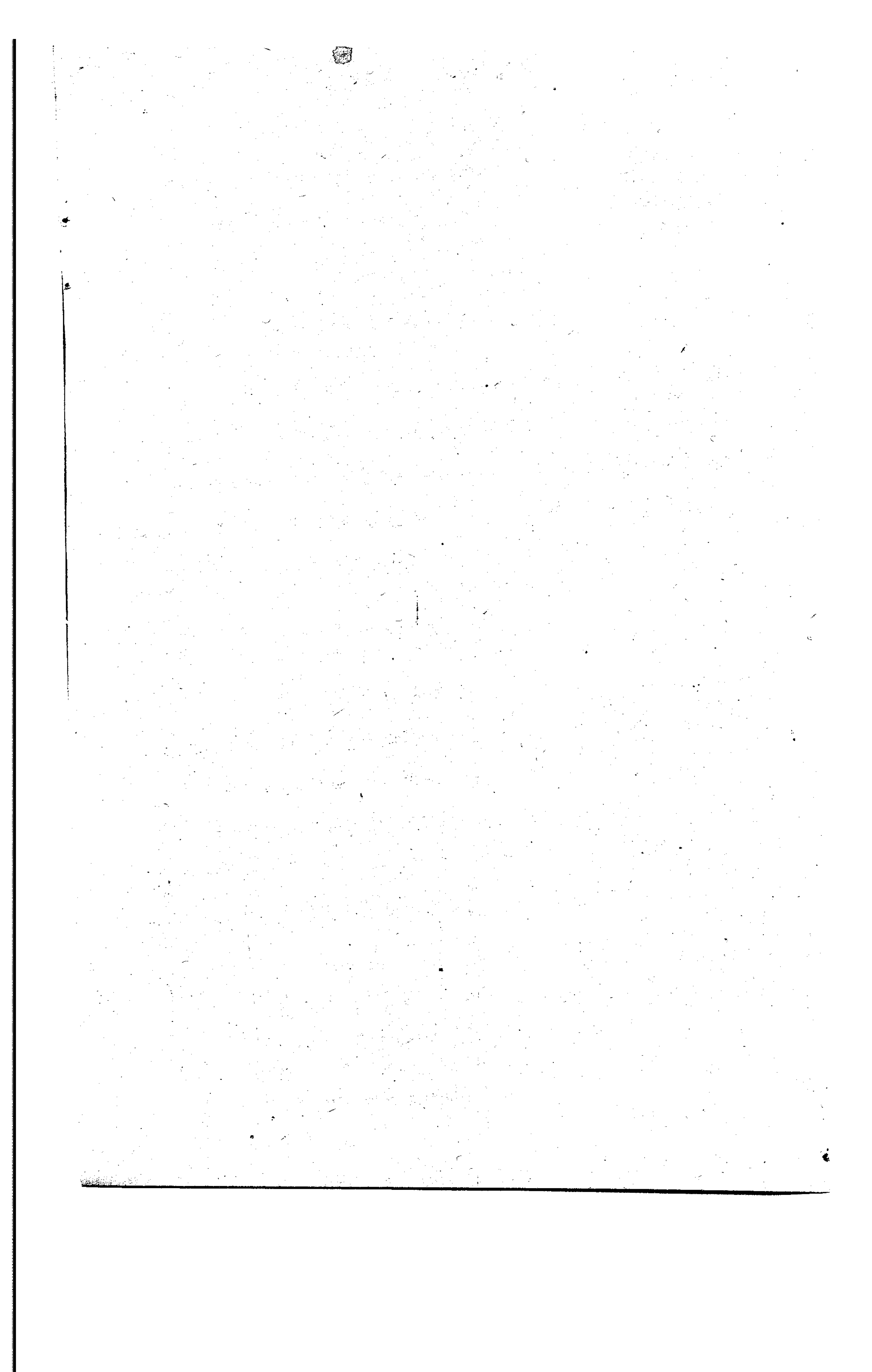
ان مقتضى الالتزام أن يكون جزاء مخالفته هو الفسخ • أى فسخ التصرف الذى يتضمن الشرط المانع • أى يتضمن انشاء الالتزام • وهذا الجزاء يتجاوز كثيرا مايرمى اليه المشترط من تحقيقه فالمشترط يهدف أساسا الى بقاء الملكية للمشترط عليه لاسترجاعها منه • غير أن فكرة الالتزام بالامتناع من عمل غير مقبول من حيث التحليل القانونى فقد لايكون الفسخ هو قصد المشترط من وضع الشرط المانع فى التصرف •

---

(١) راجع أوبرى ورو وبارتان جـ١١ هامش ٣٧مكرر وفى الفقه المصرى البدراوى ص ٩٧بند ٨٦، ص٩٩بند ٧٢•

(٢) راجع د/أحمد سلامه المرجع السابق ص٢٣٦، هامش ١•

(٣) راجع د/أحمد سلامه المرجع السابق ص ٢٣٦ هامش ٢•



الباب الثالث

صور الملكية

تمهيد :

لقد تناول المشرع فى التقنين المدنى المصرى تنظيم صور الملكية فى المواد ٨٢٥ مدنى حتى ٨٦٩ مدنى مصرى . فبعد أن نظم المشرع الملكية الشائعة . نظم صورا خاصه من هذه الملكية سميت بالشيوع الاجبارى وتناول فيها المشرع أحكام ملكية الأسرة وأحكام الأجزاء المشتركة وأحكام ملكية الطبقات . ولما كانت هذه الأحكام تمثل جانبا كبيرا من الناحية العملية . من ثم فقد بات لزاما علينا فى مجال البحث وضع آحكام تفصيلية لهذه الأحكام . وعلى هذا تأتى دراستنا منقسمه الى فصلين : الأول : يتناول الملكية الشائعة بوجه عام . والثانى: نكرسه للشيوع الاجبارى .

الفصل الأول

الشيوع العادى

ماهية الملكية الشائعه :

نصت المادة ٨٢٥ مدنى على أنه يقصد بالملكية الشائعة أنه" اذا ملك اثنان أو أكثر شيئا غير مفرزة حصة كل منهم فيه . فهم شركاء على الشيوع . وتحسب الحصص متساوية اذا لم يقم دليل على غير

ذلك " • أى أن الملكية الشائعة [١] هى الملكية المشتركة بين عدة أشخاص فتكون ملكية الشىء شائعة اذا تعدد المالكون له دون أن يختص كل منهم بجزء مفرز فيه • بحيث يقع حق كل منهم على هذا الشىء جميعه • ويقتصر فى الوقت ذاته على نسبة معينه فيه • فيجب أن يصور حق كل مالك على الشيوع باعتباره منتشرا فى كل جزئيه من الشىء ويلتقى مع حقوق الملاك الآخرين معه بنسبة الحصة المملوكة لكل منهم • وتخول الملكية الشائعة للمالك على الشيوع [٢] سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف • فهى ملكية فردية فى واقع الأمر [٣] (ليست ملكية جماعية فالملكية قد تكون مفرزة وهذه هى الصور العادية • وقد تكون شائعه وهذه هى الصورة المؤقته لها •

مصادر الشيوع :

فكل سبب يؤدى الى كسب الملكية المفرزه يمكن أن ينشىء حالة الشيوع اذا اتصل فى ذات الوقت بأكثر من شخص واحد [٤] ومصادر الشيوع هى أسباب كسب الملكية • ومن ثم فان الشيوع قد يكون مصدره العقد• كما اذا اشترى شخصان مالا على الشيوع • وقد يكون الوصيه • كما اذا أوصى شخص لاثنين بمال على الشيوع • وقد يكون أى سبب آخر من أسباب

---

(١) راجع د/محمد على عرفه ص٢٨٩•

(٢) راجع د/جمال ذكى ، المرجع السابق ص ١١٤•

(٣) راجع د/ محمد على عرفه بند ١٨٦•

(٤) راجع د/ عمران ص ٢٩٨•

كسب الملكية . وأكثر الأسباب انتشارا هو الميراث . فان الورثة تتوزع حصصهم شائعة بينهم . ويحدد السبب المنشىء للشيوع فى غالب الأحوال حصة كل مشتاع . فاذا اشترى ثلاثة أشخاص منزلا . فان العقد يحدد حصة كل مشتر فيه . فقد يكون المنزل مناصفه أو بحق الربع أو الثلث أو السدس . ويتحدد حصة كل وارث فى أموال التركه بنسبة نصيبه فى الميراث . فاذا لم تعين الحصة . فالأصل هو التساوى الا انا قام الدليل على عكس ذلك (١) . ونظرا لأن المال الشائع يثير العديد من المسائل التى تتعلق بالادارة والاستغلال والاستعمال والتصرف وكيفية الانهاء أو الانقضاء فاننا سوف نعرض لكل هذه المسائل الهامة فى تنظيم مستقل به . ومن هنا سوف تكون خطتنا فى البحث موزعة على ثلاثة مباحث . يتناول الأول :ادارة المال الشائع . والثانى: يتناول التصرف فى المال الشائع ، والثالث : يتناول القسمه باعتبارها سبب لانقضاء الشيوع الاجبارى .

المبحث الأول

ادارة المال الشائع

النص التشريعى :

نصت المادة ٨٣٠ مدنى " أن لكل شريك فى الشيوع الحق فى أن يتخذ من الوسائل مايلزم لحفظ الشىء ولو كان ذلك بغير موافقة باقى الشركاء . ويدخل فى أعمال الحفظ الأعمال المادية اللازمة لصيانة -

---

(١) راجع د: محمد على عرفه ص ٢٨٩.

الشيء وحفظه . ومنها الترميمات الضرورية . ويدخل فيها أيضا الأعمال القانونية اللازمة للمطالبة بالحق كرفع دعوى من دعاوى الحيازة أو قطع التقادم السارى لمصلحة أجنبى عن الشركاء والمطالبة بوضع حدود " .

يتضح من هذا النص وعلى ماجرى الفقة على أنه يجب التفرقة بين نوعين من الأعمال . الأول هى أعمال الادارة المعتادة والثانية أعمال الادارة غير المعتادة .

أولا : أعمال الادارة المعتادة :

لما كان حق الشريك شائعا فى كل العين . فله أن يقوم بأعمال الحفظ اللازمة لها . أما ادارة المال الشائع كله فيرجع الى جميع الشركاء معا . ولهم بالتالى قسمة الانتفاع به اتفاقا فيما بينهم وسوف نعرض لحفظ المال الشائع وادارته وقسمة الانتفاع به على النحو التالى :

١ - حفظ المال الشائع :

لكل شريك على الشيوع الحق فى أن يتخذ من الوسائل مايلزم لحفظ الشيء ولو كان ذلك بغير موافقة باقى الشركاء . وأعمال الحفظ التى يجوز أن ينفرد بها ولو بغير موافقة بقية الشركاء . قد تكون أعمالا مادية كاصلاح أو صيانة السيارة أو ترميم البناء . وقد تكون تصرفات أو اجراءات قانونية مثل تسجيل سند الملكية أو رفع دعوى الاستحقاق على الحائز أو قطع

التقادم الذى يجرى لمصلحته أو رفع دعاوى الحيازة • وكذلك دفع الضرائب على المال الشائع تجنبا للحجز عليه ، والشريك فى القيام لهذه الأعمال أصيل عن نفسه وفضولى بالنسبة لباقى الشركاء اذا قام بالعمل دون علمهم لأن الفضاله تتحقق ولو كان الفضولى فى أثناء تولية شأنا لنفسه • قد تولى شأن غيره لما بين الشأنيين من ارتباط لايمكن معه القيام بأحدهما منفصلا عن الآخر •

أما اذا اعترض بعض الشركاء على أعمال الحفظ • رجع الشريك الذى قام بها عليهم بدعوى الاثراء بلا سبب (١) كما اعتبر البعض الآخر فى كل الأحوال هذا الشريك نائبا قانونيا عن بقية الشركاء فى القيام بأعمال الحفظ (٢) •

٢ - __ادارة المال الشائع :__

يكون للشريك على الشيوع أن يستعمل الشيء بقدر حصته وأن يستغله كذلك • لأن حقه اذا كان يرد على جميع هذا الشيء فانه يقتصر على نسبة معينه • ويتقيد من ثم فى استعماله واستغلاله بحقوق الشركاء الآخرين • ولذلك فان الأعمال التى يجوز للشريك الانفراد بها هى تلك التى تتفق مع ما أعد

---

(١) راجع د/السنهورى ، الوسيط جـ٨ فقرة ٤٨٨•

(٢) راجع د/البدراوى ، المرجع السابق فقرة ١٢١••

له الشئ الشائع . ويستطيع الشركاء جميعا فى نفس الوقت أن يقوموا بهـا (١) مثـل المـرور فى الطريق الشائع أو رى الآرض من المسقاة الشائعة . وهـذه الصور نادرة . ولكن الغالب الأعم أن ادارة المال الشائع بغية الانتفاع به واقتسام الثمار بين الشركاء تستلزم الاستئثار بهـذا المال أو بجزء منه مفرز . وكانم المسلم به فى ظـل التقنين القديم أنه لايجوز لأحـد الشركاء أن ينفرد بهذه الأعمـال . وأن ادارة المـال الشائع تكـون للشركاء مجتمعين (٢) لأن كـل منهـم حقا فى هـذا المـال يتخـذ فى طبيعته مع حقوق باقـى الشركاء . فاذا انتقل أحـدهم بادارته كـان فى هـذا اعتداء علـى حقوق شـركائه الآخرين . ولذلك قنـن المشرع هـذا المبدأ فـى نص المادة ٨٢٧ مدنى مصرى " تكـون ادارة المال الشائع مـن حـق الشركاء مجتمعين مالم يوجـد اتفاق يخالف ذلك " وعلـى ذلـك لايجـوز لأحـد الشركاء أن يبنى على الأرض الشائعة أو علـى جـزء مفـرز منهـا . ولا أن يزرعها أو جزء منها . والا جـاز لبقية شركائه معه من ذلك بدعاوى الحيازة (٣).

---

(١) راجع د/ العمده المرجع السابق فقـرة ١٢٨.

(٢) راجع د/ محمد كامل مرسى الملكية والحقوق العينية ١٩٣٣ ص ٣٠١

(٣) راجع د/ اسماعيل غانم ، المرجع السابق ص ١١١ هامش ١ .

٣ ـ قسمة الانتفاع بالمال الشائع (قسمة المهايأة) :

يقصد بقسمة المهايأة أي القسمه التي ترد على منفعة العين وليس على العين ذاتها ، فيستأثر كل منهم بجزء معين منعا يعادل حصته فيها • ويتسنى له من ثم أن يحوز مالا مفرزا ينفرد بادارته فيستعمله أو يستغله أو يؤجره لغيره • ومن هنا يمكن القول بأن قسمة المهايأة نوعان :

أ ـ قسمة المهايأة المكانية :

وهي كما سبق أن ذكرنا أن يستأثر كل منهم بجزء من العين يعادل حصته فيها • ولايجوز الاتفاق على المهايأة المكانية لمدة تزيد علي خمس سنوات • واذا زادت المدة عن ذلك انقضت الى خمس سنوات (١) • ذلك أن المهايأة المكانية وان ترتب عليها افراز المال • فان افرازه يرد على منفعته وتظل ملكيته شائعة فلا يجوز أن يترتب على قسمة المهايأة البقاء في الشيوع لمدة تزيد عليها وانما يجوز تجديد المدة المتفق عليها حين انقضائها وأن يتكرر تجددها متى كانت لاتزيد عن تلك المدة • أما اذا لم يتفق الشركاء على مدة معينه أو انتهت المدة المتفق عليها ولم يتفق على تجديدها كانت مدتها سنة واحدة وهذا مانص عليه المشرع

---

(١) راجع السنهوري فقرة ٣٨١ •

صراحة فى المادة ١/٨٤٦ مدنى " .... كانت مدتها سنة واحدة تتجدد اذا لم يعلن الشريك الى شركائه قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر أنه لايرغب فى التجديد " . واذا دامت المهايأة المكانية خمس عشرة سنة انقلبت الى قسمة نهائية طبقا للفقرة الثانية فى المادة ٨٢٦ مدنى . الا اذا اتفق الشركاء على غير ذلك . ولعل الحكمة التشريعية فى ذلك هى أن دوام خمس عشرة سنة دون أن يرغب أحد فى انهائها هى خير قسمة نهائية (١) يستطيع الشركاء أن يصلوا اليها . دهاهم قد وصلوا اليها بالتجربة وأطمأنوا الى نتائجها . ويعتبر تاريخ هذه القسمة من تاريخ انتهاء الخمس عشرة سنة وهذا هو الأثر الكائن لها (٢) .

٢ - القسمة المهايأة الزمنية :

نصت على ذلك المادة ٨٤٧ مدنى " تكون قسمة المهايأة أيضا بأن يتفق الشركاء على أن يتناوبوا الانتفاع بجميع المال المشترك كل منهم لمدة تتناسب مع حصته " .

يتضح من هذا النص أن المشرع ربط هذه القسمة بقيدين هما : مقدار الحصة وتتناسب المدة مع الحصة . فاذا ورث ولد وبنت أرضا زراعية . يجوز أن يتفقا على أن يستعملها الولد مثلى

---

(١) راجع المذكرة الايضاحية ومجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص١٢٩ .

(٢) راجع د/ جمال زكى المرجع السابق ص ١٢١ .

المدة التى تستعملها أخته • واذا اشترى شخصان أرضا زراعية لكل منهما النصف يجوز أن ينفقا على أن يزرعها كل منهما سنة زراعية • وللشركاء أن يتفقوا على عدد مرات التناوب كما يشاءون على ألا يؤدى اتفاقهم على اجبارهم على الشيوع لمدة تزيد على خمس سنوات • على أن المهايأة الزمانية لايمكن أن تنقلب الى قسمة نهائية • لأنها ترد على زمن الانتفاع بالمال الشائع •فهى لاتنشىء وضعا مؤقتا يمكن أن يصبح نهائيا • ويمكن تكييف قسمة المهايأة بنوعيها المكانية والزمانية بأنها ايجار [١] فهى مقايضة انتفاع بانتفاع • ومقايضة الانتفاع بالانتفاع تكون ايجارا • اذ ليس من الضرورى أن تكون الأجرة فى الايجار نقدا • لذلك نجد أن المشرع أحدث هذه القسمة من حيث جواز الاحتجاج بها على الغير وأهلية المتقاسمين وحقوقهم والتزاماتهم وطرق الاثبات لأحكام عقد الايجار مادامت هذه الأحكام لاتتعارض مع طبيعة هذه القسمة [٢] فيجب أن يتوافرللشريك المتقاسم فى المهايأة بنوعيها أهلية المؤجر وكذلك أهلية المستأجر • لأنه يعتبر مؤجرا لحصته ومستأجرا لحصص باقى الشركاء • يوجب لجواز الاحتجاج بالمهايأة على مشترى الحصة الشائعة أن تكون ثابته التاريخ قبل البيع •وكذلك تنطبق على الشركاء قواعد الايجار فيما يتعلق بحقوقهم والتزاماتهم •وعلى اثبات المهايأة القواعد الخاصة باثبات الايجار وهى القواعد العامة فيه •

---

(١) راجع د / الصدة ،المرجع السابق ،فقرة ١٣٠ ،واسماعيل غانم،المرجع السابق فقرة ٦٣

(٢) راجع د/ جمال زكى ، المرجع السابق ص ١٢٤ •

قيام الأغلبية بادارة المال الشائع :

نصت على ذلك المادة ١/٨٢٨ مدنى " لأغلبية الشركاء سلطة ادارة المال الشائع ادارة معتادة ويكون مايتخذونه فى هذا الشأن ملزما للأقلية ويدخل فى ادارة المال الشائع ادارة معتادة الايجار وبنفس الأجرة . والقيام بأعمال الصيانة أو الترميم . وزراعة الأرض الزراعية . واستخدام العمال اللازميين لزراعتها . وشراء البذور والأسمدة . وجنى الثمار والى غير ذلك . وتحسب الأغلبية طبقا لنص المادة ١/٨٢٨ مدنى على أساس قيمة الأنصبة وليس بعدد الرؤس . ومن ثم يمكن أن تكون الأغلبية لشخص واحد اذا كانت حصته تزيد على النصف فى المال الشائع . وقد أباحت الفقرة الثانية من المادة ٨٢٨ مدنى للأغلبية أن تختار مديرا لادارة المال الشائع. ويكون هذا المدير نائبا عن هذه الأغلبية فى القيام بأعمال الادارة وكافة مايتخذونه فى شأنها . وبالتالى ينفذ فى مواجهة جميع الشركاء . وللأغلبية أيضا أن تضع للادارة ولحسن الانتفاع بالمال الشائع نظاما يسرى حتى على خلفاء الشركاء جميعا سواء أكان الخلف عاما أم خاصا . وليس معنى ذلك أن تتعسف الأغلبية فى استخدام هذا الحق ضد الأقلية التى ليس لها حق الاعتراض . فهى أن نعت ذلك . كانت تصرفاتها غير نافذه فى مواجهة الأقلية . فضلا عن حق هذه الأقلية فى الرجوع عليها بالتعويض (١)

---

(١) راجع د/ الصده ،المرجع السابق فقرة ١٣٠ ،د/اسماعيل غانم المرجع السابق فقرة ٦٣.

قيام أحد الشركاء بالادارة دون اعتراض من باقى الشركاء :

قد يتولى أحد الشركاء ادارة المال الشائع دون اعتراض بقيتهم. فكثيرا مايقوم الأخ الأكبر من بين الورثة بادارة أموال التركة دون أن يعترض باقى الورثة . فهنا يكون هذا الأخ وكيلا عن هؤلاء الورثة وكالة ضمنية (٢) وبالتالى تكون أعمال الادارة المعتادة التى يقوم بها نافذة فى مواجهتهم فاذا اعترض أحد الشركاء بعد فترة على ادارة هذا الشريك . كان هذا الاعتراض بمثابة عزله عن الوكالة الضمنيه . ولكن اذا كانت حصة الشريك المعترض عن نصف المال الشائع ظل هذا الشريك القائم بالادارة وكيلا عن الأغلبية . ومعينا من قبلهم . وتكون أعمال التى يجريها نافذة على هذا الاعتبار فى مواجهة جميع الشركاء . (لايترتب على الاعتراض ترك الشريك للادارة الا اذا صدر عمن يملك أكثر من نصف المال الشائع .وصدر بالتالى عن أغلبية الشركاء..

ماهو الحل فى حالة عدم توافر الأغلبية ؟

-اذا لم تتوافر أغلبية من الشركاء لادارة المال الشائع . كأن كان شريكين لكل منهما النصف أو كانا عدة شركاء ولكن اختلفت أراؤهم وتباينت اتجاهاتهم . جاز لأى شريك أن يلجأ الى المحكمة المختصة لاتخاذ التدابير التي توجبها الضرورة (١) ومثل ذلك أن نأمر بايجار الأرض الزراعية

---

(١) راجع/ جمال زكى المرجع السابق ص ١٢٤.

(٢) راجع نص المادة ١/٨٢٨ مدنى .

بأجرة المثل • ولها عند الحاجة أن تعين مديرا للمال الشائع ويكون له سلطة الحارس القضائى [١] فيقوم بأعمال الادارة المعتادة ويقدم الحساب عنها للشركاء • فاذا اتفق الشركاء أو أغلبيتهم على الادارة • فهنا يتنحى المدير الذى عينته المحكمة [٢] •

نفقات الحفظ والادارة :

نصت على ذلك المادة ٨٣١ مدنى " نفقات ادارة المال الشائع وحفظه والضرائب المفروضة عليه وسائر التكاليف الناتجة عن الشيوع أو المقررة على المال يتحملها جميع الشركاء كل بقدر حصته مالم يوجد نص يقضى بغير ذلك " •

يتضح من هذا النص أن جميع الشركاء فى المال الشائع - يتحملون هذه النفقات بنسبة حصة كل منهم فى هذا المال الشائع • الا اذا اتفقوا على غير ذلك أو كان هناك نص بغير ذلك • ويجوز لأى شريك أن يتخلص من ذلك النفقات بالتحلى عن حصته فى المال الشائع [٣] ويترتب على هذا التخلى أن تصبح هذه الحصة ملكا لباقى الشركاء بنسبة حصة كل منهم فى المال الشائع • ولاتعتبر سائبة اذا كانت العين الشائعة منقولا

---

(١) راجع د/محمد كامل مرسى ، المرجع السابق ص ١٦٣•

(٢) د/ السنهورى المرجع السابق فقرة ٤٩٨•

(٣) راجع الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ٩٤ •

أو مالكا للدولة اذا كانت عقارا [١] ويتحمل باقي الشركاء نفقات الحفظ أو الادارة كل بقدر حصته [٢].

ثانيا : أعمال الادارة غير المعتادة :

يقصد بأعمال الادارة غير المعتادة . الأعمال التى يقصد بها ادخال تعديلات فى الغرض الذى أعد له المال الشائع . مثل تحويل الأرض الزراعية الى أرض للبناء أو للاستغلال الصناعى أو اعادة بناء منزل أو تحويل مطعم الى مقهى أو تحويل الأرض الزراعية الى حدائق أو تحويل منزل للسكنى الى فندق وتعتبر فى الحقيقة أقرب الى أعمال التصرف المادية . ولما كان المقصود من أعمال الادارة غير المعتادة تحسين الانتفاع بالمال الشائع . أو زيادة الانتفاع به . ولكن نظرا لخطورتها لاتكفي الأغلبية للقيام بها على نحوها سبق أن رأينا فى ادارة المال الشائع ادارة معتادة . ومن هنا اتخذ المشرع المصرى فى المادة ١/٨٢٩ مدنى حلا وسطا يوفق فيه بين المصالح المتعارضة [٣] وفى نفس الوقت يحمى الأغلبية من عناد الأقلية . ويقى فى ذات الوقت الأقلية تحكم الأغلبية فأجاز للشركاء الذين يملكون ثلاثة أرباع المال الشائع القيام بأعمال الادارة غير العادية على أن يعلنوا قراراتهم فى شأنها الى

---

(١) راجع د/الصدة المرجع السابق فقرة ١٣٣ .

(٢) راجع الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ٨٨

(٣) راجع د/جمال زكى ، المرجع السابق ص١٢٦ .

باقى الشركاء . ومن ناحية أخرى قرر لمن خالف من الأقلية حق الرجوع الى المحكمة خلال شهرين من تاريخ اعلانه . وللمحكمة سلطة تقديرية ازاء العمل الذى قررته الأغلبية . ولها ألا تجيز القيام به . اذا رأت جدية الاعتراض من الأقلية . كما لها أن تقر الأغلبية على انجازه ويجوز لها فى هذه الحالة الأخيرة أن تضع لها شروطا تضمن حسن القيام به وأن تأمر باعطاء المخالف من الشركاء لكفالة تضمن الوفاء بما يستحق من التعويضات . لأن موافقة المحكمة على العمل الذى قررته الأغلبية لايمنع رجوع الأقلية عليها بالتعويض اذا نجم عنه خسارة للشركاء .

المبحث الثانى

التصرف فى المال الشائع

النص التشريعى :

لقد عالج المشرع المصرى أحكام التصرف فى المال الشائع فى المواد : ٨٢١، ٨٣٢، ٨٣٣ مدنى . فتناول النص الأول حق الشريك فى الشيوع بالتصرف فى حصته بحيث لايلحق ضررا بحقوق سائر الشركاء وتناول النص الثانى : حق الشركاء اللذين يملكون ثلاثة آرباع المال الشائع فى التصرف فى هذا المال . ثم تناول النص الثالث : استرداد الحصة الشائعة واجراءات هذا الاسترداد . ومما لاشك فيه أن هذه النصوص الثلاثة حسمت بعض النواحى فى آحكام التصرف . الا أنها مع ذلك لم

تقضى نهائيا على بعض الخلافات . ولايخلوا التصرف فى المال الشائع على كل حال . اما أن يتصرف الشريك فى حصته شائعة أو مفرزة . واما أن يتصرف الشركاء جميعا أو أغلبيتهم فى المال الشائع . وسوف نستعرض معا هذه الأحكام تفصيلا على النحو التالى :

أولا : **تصرف الشريك فى حصته :**

نود أن نشير الى أن تصرف الشريك فى حصته طبقا للمادة ٨٢٦مدنى التى نصت على " كل شريك على الشيوع يملك حصته ملكا تاما وله أن يتصرف فيها " . اما أن يكون هذا التصرف شائعا أو مفرز .

(أ) **التصرف فى الحصة شائعا :**

بناء على ماسلف يجوز للمالك على الشيوع أن ينقل كل ملكية حصته أو بعضها للغير بالبيع أو الهبة أو الوصية أو المقايضة . ويكون التصرف فى هذه الحالة صحيحا ونافذا فى حق غيره . لأن التصرف قد ورد فى نطاق حقه(١) ويحل للمتصرف اليه محل المتصرف فى ملكية الحصة الشائعة ويصبح بالتالى شريكا فى المال الشائع . ولكن هذا التصرف لأجنبى يخول باقى الشركاء المطالبة بالشفعة اذا كان عقارا أو حق الاسترداد وان كان منقولا . وهذا مانعرض له فى حينه . وبالاضافة الى جواز التصرف فى

---

(١) راجع د/ البدراوى ، المرجع السابق ص ١٧٤.

الحصة الشائعة يجوز للشريك المشتاع أيضا أن يرتب على حسته حق انتفاع ويكون لصاحب حق الانتفاع فى الحصة الشائعة جميع الحقوق التى يخولها هذا الحق (١) ولكن لايجوز تقرير حق ارتفاق على هذه الحصة لأنه يقتضى القيام بأعمال مادية على عقار مفرز (٢) .

رهن الشريك حصته الشائعة رهنا رسميا :

يحق للشريك أن يرهن حصته الشائعة رهنا رسميا . وعندئذ يكون الرهن صحيحا . لأن الشريك قد أنشأه فى حدود حقه . ولايصح القول بوجوب توقف الرهن على نتيجة القسمة ان الرهن الرسمى لايستلزم الحيازة حق لنفاذها ضد الغير . فيجب لنفاذها ضد الغير . فيجب القول اذن بأن رهن الحصة الشائعة هو رهن صحيح ونافذ فى حق جميع الشركاء شأنه شأن بيع الحصة شائعة . فاذا حل أجل الدين المضمون بالرهن ولم يقم المدين الراهن بالوفاء . كان للدائن المرتهن أن يطلب التنفيذ على الحصة الشائعة المرهونة وبيعها حتى ولو تكن القسمة قد أجريت بعد . ولايمكن حرمان الدائن من هذا الحق بمقولة وجوب انتظار نتيجة القسمة (٣) ولكن ماهو مصير الرهن اذا تمت القسمة بين الشركاء قبل حلول أجل الدين ؟

---

(١) راجع السنهورى ص ٨٤٦ ، وحسن كيره ص٤٠١ ومنصور مصطفى فقرة٦٢ .

(٢) راجع د : البدراوى ، المرجع السابق ص ١٧٤ .

(٣) راجع د/ عبدالفتاح عبدالباقى ص٣١٣ ، د/محمدعلى عرفه ص٣٩٧ .

اذا تمت القسمه قبل حلول أجل الدين فانه لا مفر من أمرين .
الأول : هو أن تؤل حصة مفرزة الى المالك وهو مايسمى بالقسمة العينيه . فهنا يتحول الرهن الى الحصة المفرزة . فيصبح محل الحق مفرزا بعد أن كان شائعا وهذا مانصت عليه المادة ١٠٣٩/ ٢ مدنى " اذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة . انتقل الرهن بمرتبته الى قدر من هذه الأعيان يعادل قيمة العقار الذى كان مرهونا فى الأصل " . والثانى : هو أن يستبدل الشريك بحصته الشائعة مبلغا من المال وذلك فى حالة عدم امكان القسمة عينا . فلم يتناول المشرع حلا لذلك ولكن ذهب غالبية الفقهاء الى تطبيق مبدأ الحلول أيضا فى هذا الغرض . ويكون للدائن المرتهن الحق فى أن يستوفى دينه من هذا المقابل بالأولوية المقررة له وفقا لدرجة رهنة .

رهن الشريك حصته الشائعة رهنا حيازيا :

لايوجد مايحول دون امكان رهن الشريك حصته الشائعلا رهنا حيازيا . يوكون الرهن فى هذه الحالة صحيحا . ولكن هل يمكن تحقيق الحيازة بالنسبة للحصة الشائعة حتى يكون الرهذ نافذا فى حق الغير ؟ .

يذهب أستاذنا الدكتورالبدراوى (٥) الى أنه يمكن تحقيق ذلك بوسائل

(١) راجع د/شفيق شحاته ، النظرية العامة للتأمين العينى ٩٤ .

(٢) راجع د: البدراوى ، المرجع السابق ص ١٧٧ .

متعددة . فيجوز أن يتفق الراهن والمرتهن وباقى الشركاء على تسليم أحد الشركاء الذى يقبل حيازة الحصة المرهونة نيابة عن المرتهن . فقد أورد المشرع المصرى فى المادة ١١٠٩ مدنى تطبيقا لذلك بأن اشترط لنفاذ الرهن فى حق الغير أن يكون الشئ المرهون فى يد الدائن أو الأجنبى الذى ارتضاه الطرفان . ويجوز أن يتفق الجميع على تسليم الشئ المرهون كله الى الدائن المرتهن . فيجوز هذا الشئ فيما يتعلق بالحصة المرهونة باعتباره دائنا مرتهنا . وفيما يتعلق بسائر الحصص باعتباره وكيلا أو مديرا (١).

(ب) **التصرف فى الحصة المفرزة :**

نصت المادة ٢/٨٢٦ مدنى " اذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف اليه من وقت التصرف الى الجزء الذى آل الى المتصرف بطريق القسمية . وللمتصرف اليه اذا كان يجهل أن المتصرف لايملك العين المتصرف فيها مفرزة الحق فى ابطال التصرف " .

يتضح من هذا النص سالف الذكر أنه أطلق التصرف فى كل الأحوال . ثم اقتصر على حكم هذا التصرف بعد القسمة فقط . ولم يوضح حكمه بين المتعاقدين أو بالنسبة لباقى الشركاء

---

(١) راجع د/عبدالفتاح عبدالباقى ص٥٤٠، د/سليمان مرقس ص٣٤٠، د/محمد كامل مرسى ص ٢٨٧.

كما لم يوضح الحكم هذا التصرف قبل القسمه ؛ ونظرا لأهمية هذا التصرف من الناحية التطبيقية سوف نعرض لذلك تفصيلا فيما يلى :

١ - حكم التصرف فى الحصة مفرزة القسمة :

لقد تناول المشرع ذلك الحكم صراحة فى الفقرة الثانية من المادة ٨٢٦ مدنى وتخلص من ذلك أنه اذا تصرف الشريك المشتاع فى حصة مفرزة من المال الشائع ولم تقع هذه الحصة المتصرف فيها فى نصيبه عند القسمة فان التصرف لايكون باطلا ولكنه ينتقل من وقت التصرف الى الجزء الذى آل الى المتصرف بطريقة القسمة ٠ وهذا يعنى أن هذا الجزء الذى وقع بالقسمه فى نصيب الشريك المتصرف يحل محل الجزء الذى ورد عليه التصرف باطلا ٠ ويعتبر التصرف واردا عليه من وقت ابرامه ٠ فينتقل اليه حق المتصرف اليه بموجب التصرف ٠ ولايكون له حق على الجزء الذى وقع عليه التصرف فى الأصل وقد أخذ المشرع بذلك بفكرة الحلول العينى (١) ٠ ولم يسمح المشرع للمتصرف اليه بطلب البطلان الا اذا كان يجهل أن المتصرف لايملك العين المتصرف فيها مفرزة ٠ أما اذا كان يعلم ذلك فليس له الحق فى طلب البطلان وينتقل التصرف الى الجزء الذى وقع

(١) راجع د/محمد على عرفه ص٤٠٣ وشفيق شحاته ص٩٢، ومرقص ص٣٤٢ ٠

فى نصيب المتصرف بعد القسمه • وظاهر من ذلك أن هذا البطلان لم يؤسسه المشرع على بطلان التصرف فى ملك الغير • لأن البطلان فيه يجيز للمتصرف اليه طلب البطلان بصرف النظر عن علمه أو عدم علمه بأن الشيء مملوك للغير • وانما أسس المشرع البطلان فى حالتنا هذه على الغلط " أى أن المتصرف اليه كان يجهل أن العين شائعة ومن ثم يكون واقعا فى غلط فى صفة جوهرية فى الشيء • الأمر الذى يسمح له بطلب البطلان على هذا الأساس •

٢ ـ **حكم التصرف فى الحصة مفرزة قبل القسمه :**

لم يضع المشرع نصا يوضح فيه حكم هذا التصرف قبل القسمه مثلما فعل فى وضع نص صريح فى حالة بعد القسمة وهذا النص الوارد فى المادة ٢/٨٢٦ مدنى والذى سبق الاشارة اليه • ومن هنا كان لابد من التداخل الفقهى لمعالج هذا الأثر السلبى الذى أكتف حكم التشريع • وفى بيان حكم هذا التصرف يجب أن يميز بين حكمه بين المتعاقدين ثم حكمه بالنسبه لسائر الشركاء •

(أ) **حكم هذا التصرف بين المتعاقدين :**

حقيقة لقد اختلف الفقه فى بيان حكم هذا التصرف قبل القسمة مابين المتعاقدين فذهب البعض الى [1] أنه لايجوز طلب الابطال

(١) راجع د/محمد على عرفه ص٤٣، د/شفيق شحاته، الأموال ص ١٦١ •

قبل القسمه وأن التصرف يكون موقوفا في الأصل على نتيجة القسمه • وعلى ذلك لايكون للمشترى قبل القسمه الحق في طلب ابطال البيع استنادا الى نص المادة ٤٦٦ مدنى الخاصة ببطلان بيع ملك الغير • لأن بير الحصة المفرزة من المال المشتاع لايمكن اعتباره بيعا لملك الغير • ولكن المشترى اذا اتضح أن بائعه لايملك ماباع ملكية فرديه خالصة يستطيع اذا أمكن اثبات الغلط • أن يبطل العقد بسبب عيب في الرضاء (١). بينما ذهب البعض الآخر (٢) أن المشرع قصد بنص المادة ٨٢٦ مدنى تقرير مبدأ الحلول العينى لعلاج المضار التى تترتب على الأثر الكاشف للقسمة • وعلى هذا يكون بيع الشريك حصة مفرزة حكمه حكم بير ملك الغير فيجوز للمشترى ابطاله سواء كان عالما بالشيوع أم غير عالم به • في حين ذهب اتجاه ثالث الى أن التصرف صحيح وينتج آثاره فيما بين المتعاقدين على نفس المحل المفرز المتصرف فيه • باعتباره تصرفا صادرا من مالك • فاذا كان التصرف بيعا اعتبر المشترى متملكا ملكية مفرزة للجزء المفرز المبيع في فترة الشيوع • وقبل حصول القسمه من وقت انعقاد البيع أو من تاريخ تسجيله على حسب الأحوال • ومن ثم يحل

---

(١) راجع د/ شفيق شحاته ، المرجع السابق ص ١٦٢•

(٢) راجع د/ محمد على امام ، عقد البيع ص٤٦٩ ،ومرقص فقرة ٨٧ والصدة ص٢٠٨•

المشترى محل البائع شريكا على الشيوع • وان كان البيع غير ناقد فى مواجهة باقى الشركاء (١) وفى خضم هذا الخلاف الفقهى نذهب مع اتجاه منطقى أقرب الى التحليل القانونى الدقيق مع استاذنا الدكتور البدراوى الى أنه يجب التمييز بين حالتين :

الأولى :

اذا كان المشترى يعلم وقت البيع أن البائع لايملك الحصة المبيعة ملكية مفرزة وقع البيع صحيحا أى أنه لايجوز للمشترى قبل القسمة طلب ابطال البيع ، وانما يصبح مالكا على الشيوع بنسبة الجزء الذى اشتراه • لأنه لايمكن أن تكون له حقوق أكثر من سلفه • والسلف لم تكن له ملكيه مفرزة بل ملكية شائعة • وطالما أن المشترى يعلم أنه لايملك سوى حصة شائعة • فلا يجوز له أن يتضرر من هذا الحكم • ولايجوز للمشترى آيضا بعد القسمة طلب ابطال البيع حتى ولو لم تقع الحصة فى نصيب البائع [illegible] متفقا [illegible] الحصة التى تقع فى نصيب هذا الأخير (٢) •

الثانية :

اذا كان المشترى يجهل ملكية البائع للحصة مفرزة • فهنا يقع البيع قابلا للابطال أى باطلا بطلانا نسبيا على أساس الغلط

---

(١) راجع د/حسن كيره ص ٣٧٢ •

(٢) د/ جميل الشرقاوى ص ١٥٨ ومابعدها

فى صفة جوهرية من صفات المبيع وهى كون الحصة مملوكة ملكيــــة مفرزة للبائع • ولذلك يكــون للمشترى قبل القسمة أن يطلــــب ابطال البيع لأنه فقـــد شراء حصة مفرزة وليس حصـــة شائعـــة أمـا بعد القسمة فلا يجــوز له طلب البطلان اذا وقع الجـــزء المبيع فى نصيب البائع طبقا للمادة ١٢٤ مدنى " ليس لمـــــن وقـــع فى غلـــط أن يتمسك به علـــى وجه يتعارض مع مايقضـــى به حســن النيه " • أمـا اذا حـدث العكس ولم يقع فـــى نصيب المتصرف • فان المشترى أو المتصرف اليه فى طلب البطــلان يظل قائما (١) •

٣ - **حكـم التصرف بالنسبة لباقى الشركاء :**

أما فيما يتعلق بآثـر تصرف الشريك في الحصة مفرزة بالنسبة لباقــى الشـركاء • فلا يكـون لهـم طلب ابطال التصرف • لأننــــا أسسنا كمـا سبق القول البطلان على أساس الغلط فى صفة فـــى الشيء ولايجــوز لغير المتعاقد التمسك به • ولكـن ماذهبنا اليـــه أن أثر البيــع للحصـــة المفرزة يقتصر على حلول المشترى كشريـــك الشيوع محل البائع • فيعتبر هـــو لا البائع شريكا لسائر الشركـاء• وعلـى هــذا يتحـــدد مركز المشترى بالنسبـــة لسائر الشركاء •ولذلك

---

(١) راجع د: البدراوى ص ١٨٨ •

يكون للشركاء الحق فى طلب الاسترداد لا الحصول على جزء مادى معين من المال الشائع • بل للاعتراف لهم بحقهم شائعا فى الحصة المبيعة •

ولقد ذهبت محكمة النقض المصرية فى أحد أحكامها (١) الى أنه لايجوز للشريك رفع دعوى الاستحقاق ضد مشترى الحصة مفرزة قبل حصول القسمة ووقوع المبيع فى نصيبه • وقررت فى أسباب هذا الحكم" لاخلاف فى أنه ليس للمستحق سواء كان شريكا فى المال الشائع أو متلقيا ملكه عن شريك فيه أن يدعى استحقاقه فى المبيع الا بعد القسمة للمال الشائع ووقوع المبيع فى نصيبه هو لا فى نصيب ذلك المشترى • وكل ادعاء منه قبل ذلك يكون سابقا لآوانه خليقا أن تحكم المحكمة فيه بعدم قبوله أو رفضه " • ولكننا نعترض على هذا المبدأ القانونى الذى أرسته محكمة النقض وذلك لأن القول بعدم جواز الحق فى رفع دعوى ابطال البيع بالنسبة للشركاء لأنهم ليسوا طرفا فى هذا البيع • فانه يجب الاعتراف لهم بالحق فى رفع دعوى الاستحقاق للاعتراف بحقهم الشائع • وخصوصا اذا علمنا أن بيع المشتاع جزءا مفرزا من المال الشائع يصح أن يكون سببا يتمسك به المشترى للتملك بالتقادم الخمسى (٢) •

---

(١) راجع نقض مدنى ١٩٣٢/٦/١٦ ، مجموعة عمر ، جزء أول ، ص ١٣١ •

(٢) راجع د/ البدراوى ص ١١٩ •

ثانيا : التصرف فى المال الشائع كله

قد يتصرف الشركاء فى المال الشائع كله أو فى جزء منه • وقد يتصرف الشركاء الذين يملكون ثلاثة أرباع المال الشائع فى هذا المال • ومن هنا لابد أن نعرض لهذا الوجهان على النحو التالى :

(أ) - تصرف الشركاء فى المال الشائع كله أو فى جزء مفرز منه :-

للشركاء مجتمعين أن يتصرفوا فى المال الشائع أو فى جزء منه مفرز تصرفا ناقلا للملكية أو منشئا لحق عينى آخر أصلى أو ينفى عليه (١) وذلك وذلك لأنهم الما لكون له • ولهم عليه سلطة التصرف التى لكل مالك على مايملكه • فأذا كان التصرف ناقلا للملكية • كالبيع مثلا ترتب عليه خروج المال الشائع من ذمة الشركاء • ولايثور بينهم أية صعوبات بشأنة (٢) ولكن اذا كان التصرف منشئا لحق عينى على المال الشائع مثل الرهن أو الانتفاع • يثور الشك حول مصيره اذا آل المال الشائع برمتـــه الى أحد الشركاء فى مقابل مبالغ نقديه يدفعها هذا الشريك الى بقية شركائه مقابل حصصهم فيه • وذهب البعض الى اعتبار الحق العينى الرهن أو الانتفاع فى المثال السابق والقا على ملك الغير فيما زاد على حصة الشريك الذى آل الية المال الشائع نتيجة للأثر الكاشف للقسمة • وموداه اعتبار المال مملوكا لهذا الشريك وحده منذ

---

١ - راجع د/ اسماعيل غانم المرجع السابق ص ٢٣٣ فقره ٦٥ •

٢ - راجع المادة ٨٣٢ مدنى

بدء الشيوع وبمقتضى السبب القانونى المنشىء له • واذا كان المشرع فى خصوص الرهن الرسمى قد نص فى المادة ١/١١٠٩ مدنى على " أن يبقى نافذا الرهن الصادر من جميع الملاك لعقار شائع أيا كانت النتيجة التى تترتب على قسمة العقار من جميع الملاك لعقار شائع " أيا كانت النتيجة التى تترتب على قسمة العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم امكان قسمته " •

وقد يكون التصرف فى جزء فقط من المال الشائع مفرزا • فيسرى هذا التصرف أيضا فى مواجهة الشركاء مادام أن التصرف تم بموافقتهم جميعا •

(ب) - تصرف الشركاء اللذين يملكون ثلاثة أرباع المال الشائع :-

أجازت المادة ٨٣٢ مدنى للشركاء الذين يملكون ثلاثة أرباع المال الشائع على الأقل أن يقرروا التصرف فيه اذا استندوا فى ذلك أسباب قوية• كأن نعرض صفقه رابحة يخشى ألا تعوق وتكون ادارة المال الشائع متقدرة أو استغلاله غير مربح أو يستدعى ترميم العقار الشائع قرضا يضمن برهنه ••وقد يرد التصرف على جزء مفرز • كبيع من الأرض الشائعه لاقامة بناء على الجزء الباقى منها • فالأغلبية التى يتطلبها القانون للتصرف فى المال الشائع هى ذات الأغلبيه التى يتطلبها لأعمال الادارة غير المعتادة • وأوجب المشرع على هوءلاء الشركاء ابلاغ باقى الشركاء الأخرون بقرارهم للتصرف • ولكن المشرع لم يحدد طريقا معينا لهذا الابلاغ • فيجوز أن يكون بورقه عرفيه وورقة رسميه مثل الانذار على يد محضر • وايذاء التعسف الذى قد يبدو من هوءلاء الشركاء الأغلبيه خول المشرع المصرى للأقليه الاعتراض على قيام هوءلاء الشركاء بالتصرف

وأوجب أن يكون الاعتراض أمام المحاكم المختصة وفى خلال شهرين من تاريخ الاعلان (١) .

وعلى المحكمة أن تقرر الأسباب التى أدت الى قرار الأغلبية . فاذا لم تقتنع بأنها أسباب قوية ألغته . أما اذا اقتنعت بقيامه على أسباب قوية . انتقلت الى النظر فى امكان قسمة العين قسمة عينيه . لتخليص الشركاء من الشيوع فليس هناك حاجة الى فرض القرار على الأغلبية . أما اذا تبين للمحكمة أن القسمة العينية ضارة بمصالح الشركاء . انتقلت الى النظر فى الأسباب التى دعت الأقلية الى قرارها بالتصرف فى المال الشائع فاذا رأت أنها أسباب قوية حين يكون التصرف واجبا أجازته وكان للأغلبية أن تجرية وفقا للقرار الذى اتخذته . وان لم تقتنع بقوة الأسباب التى دعت الى قرار الأغلبية ألغته . فلا يكون التصرف بعد ذلك ممكنا الا باجماع الشركاء (٢) .

ثالثا : استرداد الحصة المبيعة الشائعة :

نصت على ذلك المادة ٨٣٣ مدنى " للشريك فى المنقول الشائع أو فى المجموع من المال أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التى باعها شريك غيره لأجنبى بطريق الممارسة وذلك خلال ثلاثين يوما من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ اعلانه به . ويتم الاسترداد باعلان يوجه الى كل من البائع والمشترى ويحل المسترد محل المشترى فى جميع حقوقه والتزاماته اذا عوضه عن

---

(١) راجع المادة ٨٣٢ مدنى .

(٢) راجع نص المادة ٨٣٢ مدنى ، وتعليق د/اسماعيل غانم فقرة ٦٦ .

كل ما أنفقه • واذا تعدد المستردون فلكل منهم أن يسترد بنسبة حصته •

يتضح من هذا النص سالف الذكر أن المشرع اشترط شروطا معينه يجب توافرها لاستعمال حق الاسترداد ورسم طريقا معينا يجب سلوكه لاستعمال هذا الحق • ثم رتب آثار على هذه العلاقة الثلاثية بين المشترى والمسترد والبائع • كل هذا الاجمال نعرض له فيما يلى :

١ ـ **شروط الاسترداد :**

لما كان الاسترداد مكنه أو رخصة تجيز للشريك المسترد فى المنقول أو فى مجموع من المال أن يحل محل مشترى الحصة الشائعة فى هذا المنقول ولو جبرا عن المشترى •

أولا : **أن يكون هناك منقول شائع أو مجموع من المال :**

لا تنطبق أحكام الاسترداد الا اذا كان المال الشائع منقولا فالمال الشائع العقارى رسم له المشرع طريقا معينا هو الأخذ بالشفعة • وتنطبق أحكام الاسترداد على الأموال المنقولة المشتملة على عقار • ومثال ذلك المتجر أو التركة اذا كانت تشمل عقارا • ولقد أكدت الأعمال التحضيرية للقانون المدنى (١) أن المشرع قصر حق الاسترداد للحصة الشائعة على المنقول دون العقار • وجعل الشفعة فى العقار مغنية عن هذا الحق حتى لا تتضارب الحقوق فى الميدان الواحد • فاذا كان المال الشائع

---

(١) راجع الأعمال التحضيرية جـ ٦ ص ٩٨ •

عقارا وباع أحد الشركاء نصيبه الشائع الى أجنبى • فلا يجوز هنا الاسترداد بل يكون لباقى الشركاء آخذ هذه الحصة المبيعة بطريق الشفعة •

ثانيا : **بيع الحصة الشائعة الى أجنبى :**

لما كان الاسترداد رخصة لرد الحصة المباعة شيوعا فى المال المنقول • فان الأمر لايظهر الى خير الوجود الا اذا كان هذا التصرف لأجنبى عن الشركاء • وقد جعل المشرع وسيلة الاسترداد لاستبعاد هذا الأجنبى اللذين يتضررون منه • وهذا ما أكده المشرع فى نص المادة ١/٨٣٣ مدنى• ومما هو جدير بذكره الآن أنه اذا انتقلت الحصة الشائعة الا الأجنبى بسبب آخر غير البيع أو الهبة أو المقايضة مثلا فلا مجال لاستعمال حق الاسترداد (١) • كما يمتنع أيضا تطبيق أحكام الاسترداد اذا كان بيع الحصة مفرزة • بل أن الأمر يتوقف على نتيجة القسمة • فاذا وقع هذا النصيب فى الحصة المباعه يثبت للمشترى هذا الحق عليها وليست هناك أية عقبات مادية أو قانونية • واذا آل الى الشريك حصة أخرى غير المتعامل عليها فينتقل الحق الى الجزء الذى آل الى المتصرف بطريق القمة • ويجب لانطباق أحكام الاسترداد أن يكون البيع تم بطريق الممارسة بين البائع والمشترى • أما البيع الذى يتم بطريق المزاد الجبرى فلا تطبق عليه أحكام الاسترداد • أما البيع بالمزاد بالطريق الاختيارى فلا يحول دون استعمال الحق فى الاسترداد (٢) •

---

(١) راجع د/عمران ، المرجع السابق ص ٣١٧ •

(٢) راجع نقض مدنى ١٩٥٢/١٠/٣٠ مجموعة أحكام النقض السنة ٤ رقم ٩ ص ٤٥ •

اجراءات الاسترداد :

نظمت المادة ١/٨٣٣ مدنى اجراءات الاسترداد على أنه " للشريك فى المنقول الشائع أو فى المجموع من المال أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التى باعها شريك غيره لأجنبى بطريق الممارسة . وذلك فى خلال ثلاثين يوما من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ اعلانه به . - " يتضح من هذا النص أن المشرع حدد للشريك المسترد مدة حددها بثلاثين يوما. تحسب من تاريخ اعلانه به أو من تاريخ علمه بالبيع . فاذا أعلن أى من البائع أو المشترى الشركاء بالبيع . وجب على من يريد أن يسترد منهم أن يعبر عن رغبته فى الاسترداد فى مدة أقصاها ثلاثون يوما من تاريخ هذا الاعلان أما اذا لم يعلن الشركاء أحد . فعلى من يريد الاسترداد منهم أن يعبر عن رغبته فى ذلك فى مدة أقصاها ثلاثين يوما من تاريخ علمه بالبيع . ولم يشترط المشرع فى هذا الاعلان شكل خاص . فقد يكون بورقة رسمية أوعرفية معترفا بها أو بخطاب مسجل . وعلى كل الأحوال عبء اثبات الاعلان يقع على عاتق المسترد ، وعلى المسترد أن يعرض استعداده فى الاعلان الذى يطلب فيه الاسترداد لدفع الثمن الذى عرضه المشترى وكافة المصروفات ولايشترط أن يعرض الشريك المسترد الثمن عرضا حقيقيا . ولا أن يقوم بايداعه خزينة المحكمة . كما هو الحال فى الشفعة .

آثار الاسترداد :

يترتب على الاسترداد علاقات ثلاثية بين المسترد والمشترى .والمسترد والبائع والبائع والمشترى وسوف نعرض لهذه العلاقات الثلاثية على النحو التالى :

أولا : العلاقة بين المسترد والمشترى :

اذا توافرت الشروط السابقة فى المادة ٨٣٣ مدنى فان المسترد يحل محل المشترى فى علاقته بالبائع ويتم هذا الحلول من الوقت الذى تم فيه البيع لا من وقت الاسترداد . فاذا كان المشترى قد رتب على الحصة الشائعة المبيعة حقا للغير . فان هذا الحق لايحتج به فى مواجهة المسترد ولايلتزم المشترى قبل المسترد ولا بضمان العيوب الخفيه . اذ أن هذه الالتزامات تنشأ عن البيع على عاتق البائع . ويقع هذه الالتزامات لاعلى عاتق المشترى بل على عاتق البائع . اذ يترتب على الاسترداد حلول المسترد محل المشترى فى علاقته بالبع . ويترتب أيضا على هذا الحلول التزام المسترد بدفع الثمن للبائع . فاذا كان المشترى قد دفع الثمن . وجب على المسترد أن يرده اليه . فاذا كان الثمن مؤجلا أو مقسطا انتفع المسترد بالتأجيل أو بالتقسيط .

ثانيا : علاقة المسترد بالبائع :

يترتب على الاسترداد كما سبق القول حلول المسترد محل المشترى فى علاقته بالبائع فى جميع حقوقه والتزاماته . فاذا لم يكن المشترى قد وفى بالثمن للبائع . وجب على البائع الوفاء به . ويلاحظ أن المسترد لايلزم نحو البائع الا بالثمن الحقيقى . فاذا كان الثمن المذكور فى عقد البيع صوريا . كأن يذكر المتعاقدان يمنا أكبر من الثمن الحقيقى رغبة منهما فى الحيلولة بين المسترد وبين حقه فى المطالبة بالاسترداد فليس على المسترد أن يدفع

غير الثمن الحقيقى وعليه يقع عبء اثبات صورية الثمن [(١)] . وعلى البائع أن ينقل للمسترد ملكية الحصة المبيعة . وتنتقل الملكية الى المسترد من وقت ابرام البيع لا من الوقت الذى يتم فيه الاسترداد . أما اذا كان المبيع حصة شائعة فى مجموع المال مشتمل على عقار . فلا تنتقل الا بالتسجيل

ثالثا : **العلاقة بين المشترى والبائع :**

يترتب على الاسترداد كما سبق أن ذكرنا حلول المسترد محل المشترى فى علاقته . وتنتهى بذلك العلاقة التى كانت قائمة بين البائع والمشترى . فاذا كان المشترى لم يوف بالثمن فليس للبائع مطالبته به . فاذا كان للمشترى قبل البائع حقوق قبل الاسترداد . فلا يكون له بعد الاسترداد مطالبة البائع بها [(٢)] .

---

(١) راجع د/السنهورى الوسيط جـ٨ فقرة ٥٢٦، واسماعيل غانم فقرة ٨٥ ص ١٩٣ .

(٢) راجع د/حسن كيره فقرة ٩٨ ، د/ محمد على عمران ص ٣١٨ .

المبحث الثالث

قسمة المال الشائع

" انقضاء الشيوع "

تمهيد :

تعتبر القسمة احدى الطرق التى نظمها المشرع لانقضاء حالة الشيوع اذ يجوز لكل شريك من الشركاء المشتاعين أن يطلب الخروج من حالة الشيوع مهما مضى من الزمان على قيامها وقد نظم المشرع انقضاء الشيوع بالقسمة عند الحديث عن انتهاء الملكية الشائعة • فى المواد من ٨٤٣ ـ ٨٤٥مدنى فلقد استهل هذا التنظيم بنص المادة ٨٣٤ مدنى التى نصت على " لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع مالم يكن مجبرا على البقاء فى الشيوع بمقتضى نص أو اتفاق " • فاذا كان هناك اجبار قانونى على الشيوع كما هو الحال الشريك فى ملكية الأجزاء المشتركة والطبقات والشقق فهنا لايستطيع هذا الشريك أن يطلب قسمة المال الشائع • أو كان هناك اجبار اتفاقى بين الشركاء على البقاء فى الشيوع لمدة معينة (١) وهى لاتجاوز خمس سنوات فهنا أيضا لايجوز للشريك أن يطلب قبل انتهاء هذه المدة • واذا كان الاتفاق على الابقاء على الشيوع اكثر من خمس سنوات • فانه يتعين انقاص المدة الى هذه المدة القانونية • حتى لايتعطل استعمال المال • ولكن يجوز تجديد هذه المدة مرة أخرى أو مرات متعددة بحيث لاتزيد المدة فى كل مرة على خمس سنوات • واذا اختلف الشركاء فى حساب مدة الخمس سنوات فانها تحسب

(١) راجع المادة ٨٣٤ مدنى •

من تاريخ الاتفاق على تجديدها (١) • ومن ثم فلابد لنا من معالجة هذه الأحكام التفصيلية على النحو التالى :

المطلب الأول

أنواع القسمة

للقسمة نوعان • اما قسمه رضائية أو قسمة قضائية • وسوف نعرض لهما فيما يلى :

أولا : القسمة الرضائية :

يقصد بالقسمة الرضائية أى التى تتم باتفاق جميع الشركاء فى المال الشائع • ولاتكفى هنا الأغلبية المطلقة فمتى صار الاتفاق مرضيا للشركاء اختاروا الطريقة المثلى التى ينتفعون بها من المال الشائع • وذلك اما بالقسمة العينيه أو قسمة التصفية ان تعذرت القسمة عينا • ويقصد بالقسمة العينية أن يقسم المال الشائع الى حصص يأخذ كل شريك منها بقدر نصيبه• ويشترط فى هذه الطريقة أن يكون المال مما يقبل القسمة عينا دون أن يلحقه نقص كبير فى قيمته بحيث لايفوت على أحد الشركاء المنفعة المقصودة منه قبل القسمة مع مراعاة خصائص كل قسم وتأمين استغلاله بقدر الامكان بحقوق الاتفاق (٢) • وأما عن القسمة بطريق التصفية اذا لم تكن القسمة عينا

---

(١) راجع د/جمال زكى ، المرجع السابق ص١٥٢ •

(٢) راجع المادتين ٨٣٦ - ٨٤١ مدنى مصرى •

ممكنة أو كان في القيام بها احداث نقص كبير في قسمة المال الشائع، يتم بيع هذا المال الشائع ، ويقسم الثمن على الشركاء كل بنسبة نصيب كل منهم فيه .

واذا كان من بين الشركاء من هو ناقص الأهلية ، وجب اتباع مانصت عليه المادتين ٤٠/١ - ٧٩ من القانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢ في شأن الولاية على المال ، ومن مقتضاها أنه يجب على الوصي أو القيم أو الوكيل عن الغائب أن يستأذن المحكمة في قسمة مال القاصر أو المحجور عليه أو الغائب بالتراضي اذا كانت مصلحته في ذلك ، والعلة من ذلك أن القسمة تعتبر من أعمال التصرف ، وعلى الثابت عن ناقص الأهلية أو عديمها أن يحصل على اذن من المحكمة ، مثل الشأن في أعمال التصرف ويكون على المحكمة أن تقدر ما اذا كانت القسمة في مصلحته فتأذن بها ، والارفضت القسمة الاتفاقية وتقرر اتخاذ اجراءات القسمة القضائية فاذا مارأت أن القسمة في مصلحة القاصر أو المحجور عليه أو الغائب عليها أن تعين الأسس التي تجري عليها القسمة والاجراءات الواجبة الاتباع فيها (١) . واذا تمت القسمة وفقا لهذه الاجراءات (على تلك الأسس ، تعين على الوصي أو القيم وكيل الغائب أن يعرفها على المحكمة لتطمئن الى التزام ماوضعته في أسس ماحددته من اجراءات ويترتب على مخالفة ذلك أي اذا لم يتم الحصول على اذن قبل القسمة أو عدم التصديق بعدها ،فان القسمة تكون قابلة للابطال لمصلحة

---

(١) راجع د/ محمد على عرفه ، فقرة ٢٣١ .

ناقص الأهلية [1] . ولايجوز لغيره أن يتمسك به . ويستطيع بعد زوال نقص الأهلية النزول عن التمسك به . ومما يجدر الاشارة اليه هنا أن الولى الطبيعى سواء كان هو الأب أو الجد الصحيح فلم يقيده المشرع فى القانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢ لسلطته فى اجراء القسمة الاتفاقية نيابة عن الصغير . وقد تكون القسمة الاتفاقية قسمة فعلية [2] . بأن يتصرف أحد الشركاء فى جزء مفرز يعادل حصته ثم يقتفى الباقون أثره ويتصرفون فى أجزاء مفرزة تساوى حصصهم . ومن ثم فان تصرفهم هذا يدل على رضائهم بهذه القسمة الفعلية التى تمت بفعل جميع الشركاء . ولايجوز بالتالى لأى منهم أن يطلب تثبيت ملكيته لنصيبه شائعا فى المال كله [3] . ويكفى فى تسجيل هذه القسمة بتسجيل تصرفات الشركاء المتعاقبة فى الأجزاء المفرزة.

نقض القسمة الاتفاقية للغبن :

لما كانت القسمة الاتفاقية عقد مثل سائر العقود فانه يخضع للقواعد العامة من حيث الطعن الا أن المشرع خص القسمة الاتفاقية دون القسمة القضائية بحكم خاص وهو نقض عقد القسمة فى المادة ٨٤٥ من القانون المدنى والتى نصت على " يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضى اذا أثبت أحد المتقاسمين أنه قد لحقه منها غبن يزيد على الخمس على أن تكون العبرة

---

(١) راجع نقض مدنى ١٩٦٤/١/٢٣ مجموعة أحكام النقض السنة ١٥ رقم ٢٤

(٢) راجع د/ جمال زكى ص ١٥٤ .

(٣) راجع نقض مدنى ١٩٤٤/١/٢١ مجموعة أحكام النقض جـ٤ رقم ١٧٧ ص ٥٠٢ .

فى التقدير بقيمة الشىء وقت القسمة • ويجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة • وللمدعى عليه أن يقف سيرها ويمنع القسمة من جديد اذا أكمل المدعى نقدا أو عينا ماتقضى من حقه " يتضح من هذا النص أن المشرع خص القسمة الاتفاقية بهذا الحكم ووضع له شروطها ومدة - ومن ثم فلابد من ايضاح حقيقة هذا الحكم من حيث الأساس القانونى لطلب نقض القسمة الاتفاقية للغبن وكيفية استعمال هذا الحق • وذلك ماسوف نعرض له تفصيلا فيما يلى :

الغبن الذى يبرر نقض القسمة :

الغبن الذى يجيز الطعن فى عقد القسمة هو الذى يجاوز الخمس ولمعرفة ذلك تقدر قيمة الحصة الشائعة لكل شريك ثم تقدر قيمة الجزء المفرز الذى آل بمقتضاه اليه • ويتعين أن تقل قيمة هذا الجزء بأكثر من خمس قيمة تلك الحصة أو بعبارة أخرى أن تقل قيمة الجزء المفرز الذى آل الى الشريك عن أربعة أخماس قيمة حصته الشائعة ليكون قد لحقه غبن يزيد على الخمس (١) ويجوز له نقض القسمة • ولنضرب مثالا يوضح ذلك • فاذا توفى رجل وله ولدان وأربعة بنات ثم ترك تركه تقدر بأربعين ألف جنيه • ثم حدث قسمة اتفاقية لين • فيعتبر الولد مغبونا اذا قل قيمة حصته عن ثمانية آلاف جنيه • وتعتبر البنت أيضا مغبونة اذا قلت حصتها عن أربعة آلاف جنيه • وبطريقة أخرى اذا كانت قيمة المال الشائع خمسة آلاف جنيه وكان هذا المال مملوكا على الشيوع لخمسة أشخاص فيجب أن يكون

---

(١) راجع د/جمال زكى ص ١٥٥ •

نصيب كل شريك فى حالة القسمة الاتفاقية . فاذا حصل أى من الشركاء على حصة تقوم بثمانية مائة جنيها فله أن يطلب نقض القسمة للغبن . ويؤسس الفقه الفرنسى طلب نقض القسمة الاتفاقية للغبن على أساس فكرة الغلط فى صفة جوهرية (١) . الذى يؤدى حتما فى عقد القسمة الى غلط فى قيمة الشيء موضوعه . الا أننا نذهب مع اتجاه آخر يرى (٢) أنه لايشترط أن يكون سبب الغبن راجعا الى غلط وقع فيه الشريك المتقاسم المغبون أو أن يكون سببه تدليس أو استغلال يكون هو ضحيته . بل يكفى أن يقع الشريك المغبون ضحية لغبن تزيد قيمته على الخمس . وتكون العبرة فى تقدير قيمة الشيء وقت القسمة بوقت قسمة المال الشائع . وكذلك قيمة نصيب كل من المتقاسمين . ولايعتد بما يطرأ على هذه القيمة أو تلك من صعود أو هبوط (٣) .

دعوى نقض القسمة للغبن :

نظرا لأهمية هذه المسألة من الناحية العملية سوف نوليها شيئا من التفصيل . فدعوى نقض القسمة للغبن لها خصوم وموضوع وأثر . فأما من حيث الخصوم . فالمدعى فى هذه الدعوى هو الشريك المتقاسم المغبون والمدعى عليهم هم سائر الشركاء . ويجب على المدعى اختصامهم جميعا فلا يكفى اختصام أحدهم حتى يكون الحكم فى مواجهتهم جميعا . فيرفع المدعى هذه

---

(١) بولانجيه وريبير ج ٣ فقرة ٣١٨٨ .
(٢) راجع د/ محمد على عمران ص ٣٢٧ .
(٣) راجع د/ جمال زكى ص ١٥٦ .

الدعوى اذا كان هناك غبن يزيد على الخمس كما سبق الايضاح على سائر الشركاء وذلك لأن موضوع هذه الدعوى هو طلب ابطال القسمة الاتفاقية التى تمت باتفاق هؤلاء الشركاء . الا أن المشرع وضع قيدا زمنيا لممارسة هذا الحق ووضع جزاء على مخالفته . فأوجب على الشريك المغبون أن يرفع دعوى ابطال القسمة للغبن فى خلال السنة التالية للقسمة الاتفاقية واوجب جزاء على مخالفة هذا القيد الزمنى وهو سقوط الحق فى طلب الابطال فالمشرع حدد مدة يجب أن يتخذ فيها هذا الاجراء " خلال السنة التالية للقسمة " من ثم هذا الميعاد يعتبر ميعاد سقوط . وأهمية اعتباره ميعاد للسقوط وليس مدة للتقادم . هو أن هذا الميعاد لايقبل الوقف ولايرد عليه الانقطاع . ويجب على المغبون رفع الدعوى خلال هذا الميعاد حتى ولو لم يعلم فى أثنائها بالغبن الذى لحقه . ويقع عبء اثبات الغبن على المدعى . اذ أنه يدعى خلافا للثابت أصلا أو ظاهرا أو عرضا . وحتى نجح فى هذا الاثبات بأن هناك غبن لحقه يزيد على الخمس . يجب على القاضى أن يحكم بنقض القسمة فليست له سلطة تقديرية فى هذا القضاء(١) .

ويترتب على نقض القسمة مايترتب على الابطال فتعتبر كأن لم تكن وتعود حالة الشيوع كما كانت قبل اجرائها . ويرتد زوالها الى حين ابرامها فيعتبر المال شائعا بينهم منذ بداية الشيوع . وتسقط تصرفات الشركاء فى كل الأجزاء المفرزة التى آلت بمقتضاها اليهم . ويعود المال الشائع خاليا من الحقوق التى ترتبت عليها كما كان قبل القسمة . غير أن

---

(١) راجع د/ السنهورى الوسيط جـ ٨ فقرة ٥٧٠ .

المشرع حرصا على العلاقات الوطيده التى تكون بين الشركاء منح المدعى عليه وفق هذه الدعوى ومنع القسمة من جديد اذا هو قام باكمال نصيب الشريك المغبون نقدا أى بدفع مبلغ من المال يعادل مانقص من حصة هذا الشريك المغبون أو يقدم بتسليمه جزء من المال مضوع القسمة يكمل به هذه الحصة • والخيار هنا بين هذين الطريقتين للمدعى عليه فى هذه الدعوى • أى رفع الغبن عن الشريك المغبون كلية واعطاؤه مايجعل نصيبه فى القسمة مساويا تماما لقيمة حصته الشائعة • ولايكفى هنا لوقف سير هذه الدعوى تكملة نصيب هذا الشريك المغبون الى أربعة أخماس القيمة كما هو الحال فى بيع عقار مملوك لشخص لاتتوافر فيه الأهلية وكان فى البيع غبن يزيد على الخمس وهو الحكم الوارد فى المادة ٤٢٥ /١ مدنى • والسبب فى هذه التفرقة كما يذهب البعض الى أن عقد البيع يعتبر من العقود التى تقوم على التسامح ويحتمل فيها هذا الغبن أما القسمة فانها تقوم أساسا على المساواة بين الشركاء واذا اختلت المساواة اختل العقد (١) • ويستطيع المدعى عليه اكمال هذه الحصة فى آية حالة كانت عليها الدعوى حتى ولو أمام المحكمة الاستئنافية حتى يتجنب الحكم بنقض القسمة (٢) • كما يستطيع ذلك أيضا حتى بعد صدور حكم نهائى ينقضها فيمنع القسمة من جديد • الا أننا لانشاطر هذا الاتجاه الأخير فيما ذهب اليه • فلم يعد هناك حاجة لوقف سير الدعوى وتجنب قسمة جديدة وخصوصا فى حالة صدور حكم نهائى

---

(١) راجع د/الصدة فقرة ١٢١ ،د/اسماعيل غانم فقرة ٢١١ •

(٢) راجع د/محمد على عرفه فقرة ٣٢٥ ، د/محمد لبيب شنب فقرة ٩٥•

بنقض القسمة لأن الحكم النهائى يكون سندا تنفيذيا فى يد الشريك المغبون يستطيع اجبار المدعى عليه على تنفيذه ورفع هذا الغبن الذى لحقه من جراء هذه القسمة الاتفاقية ٠

ثانيا : **القسمة القضائية :**

نصت على ذلك المادة ٨٣٦ مدنى على أنه " اذا اختلف الشركاء فى اقتسام المال الشائع فعلى من يريد الخروج من الشيوع أن يكلف باقى الشركاء الحضور أمام المحكمة الجزئية ٠ وتندب المحكمة ان رأت وجها لذلك خبيرا أو أكثر لتقويم المال الشائع وقسمته حصصا ان كان المال يقبل القسمة عينا دون أن يلحقه نقص كبير فى قيمته " ٠

فغالب الأحوال تكون القسمة قضائية اذا لم يتفق جميع الشركاء على قسمة المال الشائع أو اذا كان بينهم ناقص الأهلية أو غائب ولم تأذن المحكمة للوصى أو للقيم أو للوكيل فى اجراء القسمة مع بقية الشركاء أو أذنت له باجرائها ٠ ولكنها لم تقر عقد القسمة الذى عرض عليها للتثبت من عدالته ٠ وقررت اتخاذ اجراءات القسمة القضائية [١] ٠ فلا مفر فى الحالتين من اللجوء الى القسمة القضائية والشكل الدارج فى الحياة العملية للقسمة القضائية هى دعوى الفرز والتجنب ٠ أى دعوى قسمة المال الشائع وهى كأى دعوى تتخذ الشكل بصحيفة ترفع من المدعى وهو أحد الشركاء

---

(١) راجع المادة ١/٤٠ من القانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢ فى شأن الولاية على المال

على الشيوع الذى يريد انهاء حالة الشيوع ٠ والمدعى عليهم باقى الشركاء ويجب اختصام كل الشركاء من المدعى حتى يكون الحكم الصادر فى دعوى القسمة حجة عليهم جميعا ٠ بل يجوز للمحكمة من تلقاء نفسها أن تدخل أى من الشركاء الذين لم يتم اختصامهم فى الدعوى ٠ وقد حدد المشرع المحكمة المختصة نوعيا ومكانيا بدعوى القسمة ٠ اختصاصا مفرزا ٠ وهى المحكمة الجزئية التى يقع فى دائرتها المال الشائع أيا كانت قيمة الدعوى ولكن اذا كان المال الشائع عدة عقارات ٠ فأى المحاكم الجزئية تختص بدعوى القسمة تختص بذلك المحكمة التى تقع فى دائرتها أكبر العقارات قيمة أو التى يقع فى دائرتها موطن أحد المدعى عليهم اذا كان المال الشائع منقولا (١) ٠ ولكن مايود التنبيه اليه أن اختصاص المحكمة الجزئية يكون قاصرا على فرز وتحديد نصيب كل شريك ٠ ربيع المال الشائع فى حالة تعذر القسمة العينية ٠ أما المنازعات التى تثور بشأن مقدار حصة الشريك فى المال الشائع أو أصل ملكيته لهذه الحصة ٠ أو حلول خلف الشريك محله فى دعوى القسمة فهنا يتحدد الاختصاص طبقا للقواعد العامة الواردة فى قانون المرافعات اذاكانت المنازعة قيمتها تزيد على خمسةآلاف جنيه فان الاختصاص يكون لمحكمة المواد الكلية واذا قلت عن ذلك فان الاختصاص يكون لمحكمة المواد الجزئية ٠ ولكن كيف تقوم محكمة المواد الجزئية بقسمة المال الشائع ؟ فى واقع الأمر لاتقوم المحكمة الجزئية بواسطة قاضيها بهذا التقسيم بل هى تلجأ الى أحد الخبراء المختصين قانونا من مكتب خبراء وزارة العدل أو أحد خبراء

---

(١) راجع نقض مدنى ١٩٥٥/١١/٢٤ مجموعة أحكام النقض السنة ٦ ص ٢٢٩ ٠

الجدول للقيام بهذه القسمة التى قد تتخذ احدى طريقين : الطريق الأول هو: القسمة العينية • وهى اذا لم يترتب على قسمة المال الشائع عينا نقص ملحوظ فى قيمته • يقوم الخبير بتقسيم هذا المال الى حصص متساوية على أساس أصغر نصيب • أو تعمد مباشرة الى التجنيب • ثم نفصل فى المنازعات التى تقوم بين الشركاء أو تحيلهم فى شأنها الى المحكمة المختصة بالفصل فيها • وتحكم بعد ذلك باعطاء كل شريك نصيبه المفرز لتنتهى فى حات خاصة الى التصديق على حكم القسمة • ولايجوز للخبير أن يلجأ الى التجنيب ولو أمكن تقسيم المال الى حصص على أساس أصغر نصيب اذا اتفق جميع الشركاء عليه (١) •

وقد يرى الخبير المنتدب تكملة بعض الأنصبة فى حالة التقسيم أو بعض الأجزاء فى حالة التجنيب بمبلغ من النقود يسمى المعدل لتعتبر متساوية • حين يتعذر عليه أن يقيم المساواة التامة بين الحصص أو بين الأجزاء ليكون على من تقع فى نصيبه الحصة أو الجزء الأكبر أن يدفع المعدل الى من تقع فى نصيبه الحصة أو الجزء الأصغر فيتساوى الشركاء فى اقتسام المال الشائع (٢) والعبرة فى تقدير قيمة الحصص أو الأجزاء بوقت اجراء القسمه لا وقت بدء الشيوع • وليس وقت رفع دعوى القسمة (٣) • ويكون حكم المحكمة فى هذه الحالة باعطاء كل شريك جزءا من المال الشائع معادلا لحصته فيه • واذا كان المال الشائع قد قسم الى حصص على أساس أصغر نصيب

---

(١) راجع نقض مدنى ١٩٥٦/٥/٣١ ، مجموعة أحكام النقض السنة ٧ ص٦٢٢ •
(٢) راجع المادة ٨٣٧ /٢ مدنى •
(٣) راجع د/اسماعيل غانم ، المرجع السابق فقرة ٨٤ •

يجب توزيع هذه الحصص على الشركاء بقدر نصيب كل منهم بطريق حتى الاقتراع تتساوى الفرص بينهم • واذا لم يمكن اجراء القسمة عينا على هذا النحو السالف ذكره • كأن كان المال الشائع منقولا لايمكن تجزئته مثل السيارة أو السفينة أو كان فى شأنها احداث نقص كبير فى القيمة أو قطعة أرض لاتسمح مساحتها بتقسيمها • تقضى المحكمة باجراء القسمة بطريق التصفيه • فيباع المال الشائع بالمزاد • ثم يقسم الثمن على الشركاء كل بقدر حصته فيه • ومما هو جدير بالذكر أن المشرع فى قانون المرافعات لم ينظم سوى بيع العقار بالمزاد العلنى فى حالة عدم امكان القسمة عينا • فما هو الحل اذا كان المال الشائع المراد بيعه منقولا ؟ ذهب بعض الفقهاء [1] الى أنه اذا كان المال الشائع منقولا وأريد بيعه طبقا لنظام التصفيه فلا مفر من اتباع الاجراءات الخاصة ببيع المنقول المحجوز عليه فيما عدا مالا يتفق من هذه الاجراءات مع الغرض المقصود من البيع • ويجوز لأى شخص أن يتقدم للمزايدة • ومع ذلك يجوز أن تقتصر المزايدة على الشركاء اذا أجمعوا على ذلك • واذا ارسا المزاد على أحد الشركاء سواء كانت المزايدة مقصورة عليهم أم لم تكن يعتبر لرسو المزاد قسمة للمال الشائع لابيعا له • وتترتب عليه آثار القسمة • أما اذا ارسا المزاد على أجنبى عن الشركاء كان رسوه بيعا منهم اليه • ولذلك يذهب استاذنا الدكتور السنهورى الى وجوب تصديق المحكمة الابتدائية عليه اذا كان بين الشركاء غائب أو غير ذى أهلية [2]

---

(١) راجع د/ جمال زكى ، المرجع السابق ص ١٦٦ •

(٢) راجع د/ محمد على عرفه فقرة ٣٢٩ • والسنهورى فقرة ٤١٩ •

تدخل الدائنين في القسمة لحماية مصالحهم :

قد يترتب على القسمة الاضرار بحقوق دائني الشركاء . ولذلك أورد المشرع في المادة ٨٤٢ مدني التي نصت على " لدائني كل شريك أن يعارضوا في أن تتم القسمة عينا أو يباع المال بالمزاد بغير تدخلهم . وتوجه المعارضة الى الشركاء . ويترتب عليها الزامهم أن يدخلوا من عارض من الدائنين في جميع الاجراءات . والا كانت القسمة غير نافذة في حقهم ويجب على كل حال ادخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة " .

يتضح من هذا النص أنه يترتب على عدم ادخال الدائنين أو عدم تدخلهم في دعوى القسمة . وعلى اتمام القسمة في غيابهم وبالرغم من اعتراضهم ألا تكون هذه القسمة نافذة في حقهم (١) ومن هذا يتضح أن الجزاء الذي يقرره القانون هنا بالنسبة لعدم نفاذ القسمة في حق الدائنين يتقرر بالنسبة للدائنين اللذين عارضوا في أن تتم القسمة عينا أو أن يباع المال بالمزاد دون تدخلهم . ولم يقم الشركاء بادخالهم في جميع الاجراءات الخاصة بالقسمة . وهناك حالة أخرى يجب فيها على الشركاء ادخال الدائنين في الاجراءات الخاصة بالقسمة كذلك وهي حالة ما اذا كانت حقوق هؤلاء الدائنين مقيدة قبل رفع دعوى القسمة (٢) . ومن ثم فانه بالنسبة للدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة أو أصحاب الحقوق العينية

---

(١) راجع د/ السنهوري الوسيط ج ٨ ص ٨٦٨.

(٢) راجع د/توفيق حسن فرج ، الحقوق العينية الأصليه عام ١٩٨١ ، طبعة نادي القضاة ص ١٩٠.

بصفة عامة المدرجة أسمائهم فى السجل العقارى • يتعين بالنسبة لهؤلاء الدائنين جميعا أن يدخلوا اجراءات القسمة • ويقع ذلك على الشركاء من تلقاء أنفسهم • ولو لم يوجه هؤلاء الدائنون أية معارضة اليهم • فاذا لم يقم الشركاء بدعوتهم الى التدخل طبق الجزاء السابق • ومن الواضح أن معرفة الشركاء للدائنين فى هذه الحالة ميسورا نظرا لأن حقوقهم مشهرة وهذا ينطبق ويقع على الشركاء التزام بادخال الدائنين بالمتدخل هؤلاء من تلقاء أنفسهم • حيث تكون القسمة سارية قبلهم • هذا بالنسبة للادئنين بصفة عامة الذين يعارضون فى اتمام القسمة فى غيابهم • أو بالنسبة للدائنين أصحاب الحقوق المقيدة قبل رفع دعوى القسمة • والمهم أنه اذا اعترضها الدائنون أيا كانوا • أو كان حق الدائنين مقيدا • وقام الشركاء بدعوتهم أو حضروا من تلقاء أنفسهم فان القسمة تسرى فى مواجهتهم •ولايكون لهم بعد ذلك أى طعن عليها • فقد اتيحت لهم فرصة مراقبة سير الاجراءات وكان لهم أن يعترضوا على أى غش أو تواطؤ بين الشركاء المتقاسمين • فاذا يقيم الشركاء بدعوة هؤلاء الدائنين (من اعترضوا أوكانت حقوقهم مقيدة على ماسبق) فان القسمة لاتكون نافذه قبلهم • أما اذا دعوا الى الحضور ولم يحضروا فما هو الحكم ؟ • من الواضح فى هذه الحالة أن الدائنين يعتبرون أنهم قد قصروا • ولهذا لايكون لهم الافادة من الجزاء الذى يقرره القانون • بمعنى أن القسمة تسرى قبلهم • فلا يكون لهم الاعتراض عليها • وفى جميع الأحوال اذا تمت القسمة دون تدخل من الدائنين فى اجراءتها أمام القضاء يظل لهم الحق فى الطعن على القسمة طبقا للقواعد العامة • وذلكباثبات

توافر شروط الدعوى البوليصية وحتى توافرت شروطها وخصوصا الغش وقد تأكد ذلك فى المادة ٢/٨٤٢ مدنى " أما اذا تمت القسمة • فليس للدائنين الذين لم يتدخلوا فيها أن يطعنوا عليها الا فى حالة الغش " • ويراعى أنه اذا تمت القسمة دون تدخل من الدائنين • وكانت القسمة اتفاقية فليس للدائنين أن يطنوا فيها الا بطريق الدعوى البوليصية (١) • ولايجوز فى حالة القسمة القضائية رفع دعوى الطعن فى القسمة للغبن لأن طريق خاص بالقسمة الرضائية • كما سبق أن أسلفنا فيما سبق •

المطلب الثانى

آثار القسمة

تمهيد :

يترتب على القسمة آثار عديدة منها جوهرية تتعلق بافراز نصيب كل شريك فى المال الشائع ومايتعلق بهذا الافراز من أثر كاشف • وضمان المتقاسمين بعضهم لبعض وهو مايسمى بضمان التعرض والاستحقاق وآثار أخرى ثانوية هى : امتياز المتقاسم الذى يضمن حق كل منهم فى الرجوع على الآخرين بسبب القسمة واستيفاء ماتقرر له • والالتزام بدفع المعدل •والتزام الراسى عليه المزاد فى قسمة التصفيه بدفع الثمن الذى رسا به المزاد عليه•

---

(١) راجع د/توفيق حسن فرج ، الحقوق العينية الأصليه عام ١٩٨١ طبعة نادى القضاة ص ١٩٠ •

غير أننا في مجال هذا البحث لانستعرض سوى الآثار الجوهريه والخاصه بالافراز والأثر الكاشف للقسمة • وضمان التعرض والاستحقاق كل في فرع خاص به

الفرع الأول

افراز نصيب الشريك وفكرة الأثر الكاشف

أ ـ الافراز :ـ

يترتب على القسمة أن تتحول الملكية الشائعة التي كانت لكل شريك في جميع المال الشائع الى ملكية مفرزة على الجزء الذي وقع في نصيبه • ويتحدد من ثم حقه الذي كان شائعا في كل المال مع حقوق بقية شركائه • في جزء معين منه لايشاركه فيه أحد منهم (١) ويوجد في تأصيل هذا الأثر اتجاهان • الأول يرى أن للقسمة أثرا ناقلا • والثاني يرى أن للقسمة أثرا كاشفا • فالاعتراف بالأثر الناقل للقسمة (٢) يقتضي تحليلها الى مقايضه أو بيع بين الشركاء • ينزل كل منهم عن حصته الشائعة في الجزء المفرز الذي وقع في نصيبه • ولايعتبر الشريك خلفا لمن تلقى الشركاء عنه المال الشائع الا بنسبه حصته في الجزء المفرز الذي آل اليه حين يكون خلفا خاصا لبقية شركائه كل بنسبة حصته فيه • ويترتب على ذلك عدم نفاذ الحقوق العينيه التي

---

١ ـ راجع د/ محمد لبيب شنب الحقوق العينية الأصليه عام ١٩٧٣ص٣٠٣•
٢ ـ راجع د / أوبرى ورو فقره ١٩٩ هامش ١

رتبها أيهم على حصته الشائعه قبل القسمه فى مواجهة شركائه الآخرين ،بنسبة تلك الحصة على الأجزاء المفرزه التى آلت الى كل منهم ، أما القول بأن للقسمة أثر كاشف فهنا يعنى اقتصار القسمة على تحويل حق الشريك الذى كان منتشرا فى كل جزئيات المال الشائع الى حق محدد على جزء منه يختص به دون غيره (١) فلا تعدد القسمة فى هذا التصور الا أن تكون عملية توزيع للمال الشائع تترك كل شريك على صلته بمن تلقى الشركاء عنه هذا المال بحيث يعتبر خلفا له (٢) الا أننا نذهب مع رأى آخر (٣) الى أن الاعتراف بالأثر الكاشف للقسمة لايكفى لحماية الشريك من تصرفات شركائه فى حصصهم قبل القسمة ، فاذا رهن أحد الشركاء قبل القسمة حصته الشائعة تعذر القول اعتمادا على الأثر الكاشف وحده بعدم نفاذ الرهن فى حدود هذه الحصه على الأجزاء المفرزة التى آلت بمقتضى القسمة الى بقية شركائه ، لأن عدم نفاذ الرهن لابد أن يتأسس على انتفاء حق الشريك الراهن فى أثناء الشيوع على حصته الشائعة الذى لايمكن التسليم به الا على أساس الأثر الرجعى للقسمة ،

نطاق الأثر الكاشف للقسمة :-

لابد حتى تتصح فكرة الأثر الكاشف أن نحدد نطاقها من حيث التصرفات التى لها أثر الكشف ، والأموال التى ينطبق عليها الأثر الكاشف،

---

١ - راجع د/ ريبيروبولانجيه ج ٣ فقره ٣٧١ ،
٢ - راجع د/ بلانيول وريبير ج ٤ فقرة ٣٦٣،
٣ - راجع د/ جمال زكى ص١٧٤ ،

والاشخاص الذين يحتـــــج عليهم به ٠

١ - التصرفات التى لها أثر كاشـــف :-

اذا كان الأثر الكاشف يتحدد بالقسمة وفقا للمادة ٨٤٣ مدنى ٠ فانـــه يجب تحديد التصرفات التى يمكن اعتبارها قسمة ٠ ولايثبت تكييف القسمة للتصرف الا اذا ترتب عليه أيلولة المال الشائع الى الشركاء أو الى بعضهم من ناحيـــة وانهاء حالة الشيوع من ناحية أخرى ٠ ولذلك تعتبر القسمة العينية ســـواء كانت رضائيه أم قضائية هى المجال الطبيعى للأثر الكاشف سواء كانـــت قسمة بسيطه اختص كل شريك بمقتضاها بجزء مفرز يعادل تماما حصته الشائعة أم قسمة بمعدل لاتتعادل فيها الأجزاء المفرزة التى آلت الى الشركاء مـــع قيمة حصصهم الشائعة ٠ ونال بعضهم لتحقيق هذا التعادل معدلا يكون فـــى العادة مبلغا نقديا ٠ ولقسمة التصفية كذلك أثر كاشف اذا آل المال الشائـــع بمقتضاها الى أحد الشركاء عن الطريق البيع الودى بالممارسة أو بالمزايده [(١)] ولو لم يقتصر على الشركاء ٠ بل قبل الأجانب عنهم الدخول فيه ٠ أمـــا اذا آل المال الشائع بقسمة التصفية الى أجنبى عن الشركاء بالممارســـة أو بالمزايدة كانت بيعا من الشركاء اليه ٠ وترتب عليها آثار البيع فى علاقتـــه بهم ٠ فيكون الثمن مضمونا بامتياز البائع [(٢)] ويلتزم الشركاء بالضمان طبقـــا للقواعد العامة فى عقد البيع [(٣)] ٠ ولايستطيع المشترى الادعاء بالغبـــن

---

١ - راجع د/ جمال زكـى المرجع السابق ص١٨٦ ٠
٢ - راجع / بلانبول ورييبر المرجع السابق فقرة ١١٥٠ ٠
٣- راجع مولفنا عقد البيع الوجيز فى العقود المسماه ص٢١٢٠ عام ١٩٩٢٠

الا اذا كان قاصرا والمبيع عقارا • ويجب التسجيل لتنقل الملكية فيما بين المتعاقدين • وكما يترتب الأثر الكاشف على القسمة الكلية التى تنهى الشيوع كلية بأن يختص بجزء مفرز اذا كانت قسمة عينيه أو ينفرد أحدهم بالمال الشائع اذا كانت قسمة تصفيه • يترتب أيضا ذلك على القسمة الجزئية التى تنى الشيوع فى بعض المال الشائع • بأن يختص كل شريك بجزء مفرز منه مع بقاء الشيوع بين الشركاء فى بقيته (١) أو يختص أحد الشركاء بجزء مفرز من المال الشائع مع استمرار الشيوع بين بقيتهم •

٢ ـ الأموال التى ينطبق عليها الأثر الكاشف :

ينطبق الأثر الكاشف على الأموال الشائعة التى كانت موضوعا للقسمة سواء كانت عقارات أم منقولات • أو حقوقا ترد على أشياء غير مادية • كحق المؤلف أو براءة الاختراع (٢) • واذا كان الأثر الكاشف ينطبق على كل الأموال الشائعة فانه لاينطبق على غيرها كمعدل القسمة فاذا كان هذا المعدل ليس مبلغا نقديا كعقار معين كانت القسمة ناقلة لا كاشفة • واعتبر المتقاسم الذى انتقلت اليه ملكيته خلفا للمتقاسم الذى نقلها له واذا بات بأن هذا الأخير ليس مالكا له • تصلح القسمة سببا صحيحا لكسب ملكيته بالتقادم الخمس (٣) • ويذهب الفقه فى مصر الى أن الحقوق الشخصية التى للمتوفى وتنتقل تركة الى الورثة لاتدخل فى الشيوع بينهم • بل تنقسم بوفاة

---

(١) راجع د/ الصدة ،فقرة ١٥٩•

(٢) راجع د/ السنهورى الوسيط ج ٨ فقرة ٥٨٩•

(٣) راجع د/اسماعيل غانم المرجع السابق فقرة ١٠٨•

المورث على الورثة كل بنسبة حصته فى التركة (١) ،ومن ثم لايرد عليهـــــا الأثر الكاشف . ويستند أنصـار هـذا الاتجاه الى مجموع النصوص التى تنظـم تعـدد طرفى الالتزام ولا توجب وحدة الالتزام الا اذا كـان تضامنيا أو غيـر قابل للانقسام . ليخلص الفقه الى انقسام الالتزام فى غير هاتين الحالتيـن بقدر عدد أطرافه ويكـون كـل التزام منها مستقلا عن الالتزامات الأخرى. ولـم يلق الفقه اعتبارا لنص المـادة ٩٠٧ مدنى التـى تقضى على أنه " اذا اختـص أحـد الورثة عند القسمة بدين للتركة فان باقى الورثة لايضمنون له المديـن اذا هـو أعسر بعد القسمة مالم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك " . ويفيـد هـذا النص ضمنا دخـول الحقوق الشخصية فى الشيوع لتـرد عليها القسـمة لأن اختصاص أحـد الورثة بدين عند القسمة فـى رأيه حواله الى هذا الوارث من الورثة الآخـرين كل بقـدر حصته . لاتكون نافذة في مواجهـة المدين الا بقبوله لهـا أو اعلانه بها .

الأشخاص الذين يحتج عليهم بالأثـر الكاشف :

يسرى الأثر الكاشف على جميع المتقاسمين سواء من عاصر منهم الشـيوع في بدايته أو انتقلت اليه حصة أحد المشتاعين حال الحياة أو بسبب الوفـاة ولم يدخـل فى الشيوع الا بعد بدايته . ويسرى الأثر الكاشف كذلك علـى الغير فلا يستطيع الدائن الذى رتب له أحـد الشركاء رهنا على حصته الشائعـة أن يحتج برهنه بعد القسـمة على الشركاء الآخرين . بل يخلص الجـزء

(١) راجع د/ السنهورى ، المرجع السابق فقرة ٥٧٩،والصده فقرة ٢١٠، د/ اسماعيل غانم فقرة ١٠٩ .

المفـرز الذى وقع بمقتضاه لكـل منهـم خاليا من الرهـن • أو يخلـص العقار كله بقسمة التصفية للشريك الآخـر الذى رسا عليه المزاد خاليا مـن الرهـن • بل لايكـون للدائن المرتهـن فى هذه الحالة أولوية على المبلـغ الذى خص الشريك الراهـن من ثم المـال الشائع لأن مقتضى الأثر الكاشـف أن يعتبر الرهـن واقعـا على ملك الغير فلا يوفر للدائن المرتهن أولويـة على ثمنه • ويستند هنا التحليل الى فكـرة تحقيق المساواة بين المتقاسميـن وذلك بتجنيب كـل منهم أثر التصرفات التى يجريها غيره على المال الشائـع قبل قسمته • وبحماية خلف كـل منهـم بحفظ حقه على الجـزء المفـرز الذى آل الى هذا الأخير (١) •

النتائج التى تترتب على الأثـر الكاشف للقسمة :

يترتب على الأثر الكاشف للقسمة عدة نتائج هامـة • فمن ناحيـة تثبت الملكية بمقتضاها بمجـرد العقد ويقتصـر آثر التسجيل على جعلها نافـذه فى مواجهـة الغير • ومن ناحية أخرى عدم اعتبار القسمة سببا صحيحا لكسـب الملكية بالتقادم الخمس • وأخيرا عدم جواز استرداد الجـزء المفرز الذى آل الى المتقاسم اذا كـان المال الشائع متنازعا فيه • ولقد فرق المشرع فى آثر التسجيل بين العقـود الناقلة أو المنشئة والعقـود المقررة أو الكاشفة • فالأول لايترتـب أثرها فى نقل الملكية أو انشاء الحـق العينى الأصلى بين طرفيهـا ولا فـى

---

(١) راجع د/ جمال زكى ، المرجع السابق ص ١٨٧ •

(٢) راجع د/جمال زكى ، التأمينات الشخصية والعينيه ١٩٧٦ص ٢١٨ •

مواجهة الغير الا بالتسجيل • حيث أن الثانية يترتب عليها دون تسجيل أثرها بين طرفيها • ولكن لايحتج بها على الغير الا بالتسجيل • ومن ثم يعتبر المتقاسم بمقتضى القسمة مالكا فى علاقته ببقية المتقاسمين للجزء المفرز الذى وقع فى نصيبه • ولكنه لايستطيع أن يحتج بملكيته له على الغير الا بتسجيل القسمة (١) • وللغير ويقصد به كل من تلقى قبل القسمة حقا عينيا على المال الشائع وشهر سنده قبل القسمة (٢) • أن يعتبر حالة الشيوع لازالت قائمة بين الشركاء طالما أن عقد القسمه لم يسجل فاذا باع أحد المتقاسمين رغم القسمة حصته شائعه وسجل للمشترى عقده قبل تسجيل القسمه• خلصت له ملكية الحصة المبيعة • ويكون له أن يطلب تثبيت ملكيته عليها فى مواجهة بقية المتقاسمين الذين لايستطيعون الاحتجاج عليه بعقد القسمه غير المسجل أو الذى سجل بعد تسجيل عقد شرائه • ويكون للمشترى وقد أصبح شريكا فى الشيوع أن يطلب اجراء قسمة جديدة • وقد رتب بعض الفقهاء (٣) على الأثر الكاشف للقسمة خلوص للجزء المفرز الذى وقع بمقتضاها فى نصيب كل شريك من آثر التصرفات التى أجراها شركاؤها الآخرون وقت قيام الشيوع بينهم أيا كانت الحقوق التى تترتب عليها • الا أن هذا ليس نتيجة للأثر الكاشف ولكن نتيجة للأثر الرجعى كما سبق القول •

---

(١) راجع د/ السنهورى فقرة ٥٨٤•

(٢) راجع نقض مدنى ١٩٦٥/١٢/٢ مجموعة أحكام النقض السنة ١٦ رقم ١٨٤ ص ١١٧٢ •

(٣) راجع د/ السنهورى فقرة ٥٨٢، د/ السده فقرة ١٦٢•

الفـرع الثانى

ضمـان التعـرض والاسـتحقاق

تمهـيد :

تناول المشرع تنظيم أحكام الضمان فى القسمة فى عجز المادة ٨٤٤ مدنى • واذا كان هـذا الضمان شرطا بديهيا فى العقـود الناقلة للملكيـة كعقد البيع • فان حكمته تقل فى القسمه اذ أنهـا ذات أثر كاشـف • ومـع ذلك يتأسس فى عقـد القسمة هـذا الضمان ولو أن المتقاسمين ليسوا خلفـاء لبعضهـم على فكـرة المساواة • فاذا ظهـر بعد القسمة أن بعض الأمـوال الشائعة لم تكـن ملكا للشركاء لايمكن عدلا أن يتحمل الشريك الذى وقعـت مصادفة فى نصيبه • بل يجـب توزيعها على كافة الشركاء المشتاعين • ويجـب الرجـوع الى قواعد الضمان فى عقد البيع فيما لم يرد فيه نص فـى القسـمه عدا مايتعارض مع فكـرة الأثر الرجعى للقسمة• وقد استقر قضـاء محكمـة النقض المصرية على هذا المبدأ فقضت فى أحـد أحكامهـا الشهيرة (١) •" أن القواعـد التى تحكـم ضمان البائع هـى التى تحكم ضمان المتقاسم " • ولكـن ماهى شروط الرجوع بالضمان وماهـى الآثـار التى تترتب على الضمان ؟ هـذه الاجابة سنتولى شرحهـا تباعا فيما يلى :

---

(١) راجع نقض مدنى ١٠/١٠/١٩٤٦ ،مجموعة أحكام النقض جـ٥ص١٩٣•

أولا : شروط الرجوع بالضمان :

يقصد بالضمان هنا ضمان الاستحقاق (التعرض • أما العيوب الخفيه لامحل له فى هذا الضمان ويقصد بالاستحقاق أن ينزع المالك الحقيقى من المتقاسم كل أو بعض المال الذى اختص به على تقدير دخوله على خلاف الحقيقة فى الأموال الشائعة التى يملكها الشركاء • والتعرض لهذا الاستحقاق كرفع دعوى الاستحقاق على المتقاسم أو الادعاء بحق انتفاع أو ارتفاق على عين آلت اليه بحق شخص ولكنه يجب التنويه أن الضمان قاصر على التعرض القانونى الذى يقع للمتقاسم [1] ويخرج من ثم التعرض المادى للمتقاسم فى الحيازة • وهذه الشروط هى :

١ - أن يقع التعرض بالفعل :

لايكفى للرجوع بالضمان أن يعلم المتقاسم بوجود حق للغير قد يقع التعرض له بسببه • وان كان يجوز له حالئذ أن يمتنع عن الوفاء بما التزم به بمقتضى القسمة • كالمعدل أو الثمن الذى رسا به المزاد الى أن يزول الخطر •

٢ - أن يرجع التعرض أو الاستحقاق لسبب سابق على القسمه :

هذا يفترض بداهة أن يكون الحق الذى يدعيه الغير موجودا قبل القسمة • فلا يضمن المتقاسمون مايطرأ بعد القسمة • ويكفى

---

(١) راجع د/ اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، فقرة ١١٤•

أن تكـون ملكية المال موضوع القسمة ثابته لهم على الشيوع فـــى وقت ارجائها • وعلى ذلك اذا نزعت ملكية العقار الذى اختــص به المتقاسم للمنفعة العامة بعد القسمة ولو بدأ سريانه قبلهـــا لايستطيع المتقاسم الرجوع بالضمان على بقية المتقاســمين الا اذا أكتملت مدته عقب القسمة • على نحــو لايكـون لدى المتقاســم وقت كـان لقطع التقادم باجراء يتخذه •

٣ ـ **ألا يكـون التعرض أو الاستحقاق يرجع الى خطأ المتقاسم :**

مـن البديهـى أو المنطقى لايكون للمتقاسم الرجـوع على باقـــى الشركاء المشتاعيـن الذين تقاسموا معه بالضمان اذا كـان ذلك راجعاً الى خطئه • كأن يقــر لمدعى الاستحقاق بحقه ثم بين عـــدم وجـود حق له • أو لايدخـل بقية المتقاسمين فى الدعوى •ويفضل المعنى فيها وحده ولكنه يهمـل الدفاع فيها فيقضى للمدعى بطلبــه ثم يثبت بقية المتقاسمين عدم صحة الدعوى (١) وقد نـص المشـرع على ذلك صراحة فى الفقرة الثانية من المادة ٨٤٤ مدنى " ويمتنـع الضمان اذا كـان الاستحقاق راجعا الى خطأ المتقاســم •

٤ ـ **ألا تتضمن القسمة شرط يوجب الاعفاء من الضمـــان :**

نص المشرع على هذا الشرط ايضا فى عجـز المادة ٢/٨٤٤ مدنى : " غير أنه لامحـل للضمان اذا كان هناك اتفاق صريح يقضـــى

(١) راجع د/جمال زكى ، المرجع السابق ص ١٩٤•

بالاعفاء منه " • فلا يكفى للاعفاء من الضمان صياغته فى عبارات عامـــــة على الاعفاء منه ، كما يكفى فى البيع ولايجوز أن يكون الاتفاق على الاعفـــاء ضمنيا كما يجـوز فى البيع • ولكن هنا لابد أن يكون الاتفاق صريحا وواضحـا وأن يكون خاصا بسبب معين من أسباب الاستحقاق ومن ثم يقتصر على الاعفاء منه • ولعل العلة واضحة من هذا أن المشرع استهدف بهذا كفالة المســاواة بين المتقاسمين • فاشترط فى الاتفاق على الاعفاء من الضمان أن يكـــون صريحا وخاصا • ولم يجزه ضمنيا أو عاما كما هــو الحل فى البيع الذى يعتبـر على نقيض القسمة • ولايهم الاتفاق اذا كـان قد ضمن العقد الخاص بالقســمه أو اتفق عليه فى ورقة مستقلة عن هذا العقد •

ثانيا : آثــار الضمــان :

يترتب على الضمان فى القسمة رفعُ غبئه عن المتقاسم الذى تحمله بتوزيعه على جميعهم واعادة المساواة التى اختلت نتيجة للاستحقاق بين المتقاسمين •فـاذا كان أحــد المتقاسمين معسرا •وزع القــدر الذى يلزمه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين تحقيقا لذات الفكرة •وتكون العبرة فى تقدير الشـــىء بقيمته يوم القسمة •ذلك أن الغرض من الضمان هو اعادة المساواة بين المتقسامين كما سبق أن ذكرنا •فيرد المتقاسم ضحية الاستحقاق الى الوضع الذى يكون فيه لو كان ما استحق فى يده لم يدخل فى موضوع القسمة •ويجب من ثم النظر فـــى اعادة المساواة الى الوقت الذى أقيمت فيه بينهم •ولايجوز أن يكون تغير قيـــمة الأصول التى أختص بها بعد القسمة مصدر ربح أو خسارة له (١)

---

(١) راجع نص المادة ١/٨٤٤ مدنـــى•

الفصل الثاني

الشيوع الاجباري

تمهيد :

لقد تناول المشرع النص على الشيوع الاجبارى فى المادة ٨٥٠ مدنى " ليس للشركاء فى مال شائع أن يطلبها قسمته اذا تبين من الغرض الذى أعد له المال أنه يجب أن يبقى دائما على الشيوع " . يتضح من هذا النص أن الشيوع الاجبارى يختلف عن الشيوع العادى فى أنه لايجوز فيه طلب قسمة المال الشائع . والشيوع الاجبارى قد يكون تبعيا مثل الآجزاء المشتركة فى ملكية الشقق والطبقات والفناء المشترك مابين بناءين متقابلين لأنه الملكية الشائعة فيه تكون تابعة لعقارات يملكها عدة أشخاص وقد يكون الشيوع الاجبارى أصليا . لأن الملكية الشائعة مستقلة بنفسها وليست مخصصة لخدمة عقارات مفرزة مثل المبانى المقامة فى مدتى الأسرة والوثائق الرسمية والأوسمة الخاصة بها . ولقد تناول المشرع بالتنظيم لحالات الشيوع الاجبارى فى ظل قواعد القانون المدنى وهى حالات ثلاث هى: الحائط المشترك والفاصل . وقد سبق لنا معالجة هذا الشيوع الاجبارى سلفا . ثم الأجزاء المشتركة وهى ملكية الشقق والطبقات ثم ملكية الأسرة وسوف نقصر البحث هنا على هاتين الحالتين الأخيرتين وهما : ملكية الطبقات والشقق وملكية الأسرة كل فى مبحث مستقل .

المبحث الأول

ملكية الشقق والطبقات

أولا : ملكية الشقق :

يقصد بملكية الشقق انقسام البناء [1] الى عدة أجزاء أو شقق يكون كل منها طبقة أو أكثر من طبقة وفى الغالب جزء من طبقة لكل منها مالك يستقل بها ، ومن ثم له عليه ملكيه خاصة ، حين تكون الأرض التى شيد عليها البناء وهيكله كالأساس والجدران الرئيسية والأجزاء المعدة للاستعمال المشترك مثل المدخل والسلالم ملكية شائعة لجميع الملاك شيوعا اجباريا ، بحيث تقتصر الملكية المفرزة لكل منهم على الجدران الثانوية داخل الشقة والأبواب فى داخلها ، وقد نظم المشرع ملكية الشقق في المادة ٨٥٦ مدنى ومابعدها ، هذا انتشرت ملكية الشقق فى السنوات الأخيرة وذلك عن طريق مايسمى بالجمعيات التعاونية لبناء المساكن التى تؤسسها الهيئات والشركات والأفراد ، فهى تقوم بأعمال البناء وتوزع الشقق على أعضاء هذه الجمعيات وان كان هناك تصور تشريعى فى معالجة الآثار السلبية للمبانى التى يقيمها المقاولون على غير وعى وعلى غير أسس علمية وهذا هو ماشاهدناه فى الآونة الأخيرة من تهدم بعض المنشآت نتيجة للهزات الأرضية التى لحقت بالبلاد

---

(١) راجع د/ جمال زكى ، المرجع السابق ص ٢١٦.

فى الآونة الأخيرة [(١)] ولمالك الشقة حق مزدوج [(٢)] فله ملكية الشقة ملكية مفرزة خالصة عليها • كما أنه فى ذات الوقت له ملكية شائعة على الأجزاء المشتركة منه • ومن ثم فلابد لنا من تحديد ماهية الآجزاء المشتركة أو الشائعة أو الأجزاء الخاصة •

تحديد الأجزاء الشائعة أو المشتركة أو الخاصة :

فى واقع الأمر عندما نريد تحديد أصل الشيء لابد لنا من الرجوع الى السند المنشيء لملكية الشقق [(٣)] فاذا لم يتضمن هذا السند تحديدا لذلك يتعين الرجوع الى نص المادة ١/٨٥٦ مدنى فقد وضعت معيارا له • فالأجزاء المشتركة هى الأرض وأجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك بين الجميع • ويدخل فيها بوجه خاص الأساسات والجدران الرئيسية والمداخل والأفنيه والأسطح والمصاعد والممرات • وكل أنواع الأنابيب الا ماكان منها داخل الطبقة أو الشقة • وهذا التعداد ليس حصرا للأجزاء المشتركة فيدخل فيها أيضا السلم وغرفة البواب أو سكنه [(٤)] • أما الجزء الخاص بالمالك فهو ذلك المعد لاستعماله وحده • ويقتصر على مايوجد داخل الشقة من

---

(١) راجع بحثنا المسئولية المدنية الناشئة عن تهدم المنشآت عام ١٩٩٢ منشور فى مجلة القانون والاقتصاد العدد ٣ • عام ١٩٩٢•

(٢) راجع المذكرة التفسيرية للمشروع التمهيدى تعليق على المادة ١٢٢٧•• المقابلة للمادة ٨٥٦ مدنى حاليا والأعمال التحضيرية جـ ٦ ص ١٥٦•

(٣) راجع د/ جمال زكى ، المرجع السابق ص ٢١٩•

(٤) راجع د/ السنهورى الوسيط ، فقرة ٦٢٥•

فواصل بين حجـراتها والأنابيب والأسلاك الممتدة فى داخلها • وكذلك الأدوات الصحية المثبته فيها كالبلاط والأخشاب والباب الخارجى للشقة والنوافذ والشرفات (١) على أن الحواجـز الفاصلة بين شقتين تكون ملكيتها مشتركة بين أصحـــــاب هاتين الشقتين •

سلطات المالك على الجـزء المفرز أو الشقة :

لمالك الشقة بماله من حـق ملكية عليها سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف التى يخولهـا هـذا الحق لصاحبه • فيجوز له أن يستعملها بالاقامـة فيها أو أن يعهـد بها الى غيرها عن طريق الاجارة أو العارية • ولكنـــــه يتقيد فى استعماله أو استغلاله بحقـوق جيرانه المساوية لحقه • ولايجـــوز أن يترتب على ممارسة حقوقه مضايقة لهم • فاذا كـان لمالك الشقة أن يمـــارس فيها نشاطا مهنيا لايجـوز له مع ذلك استعمالها فيه على وجه يتعارض مـــع تخصيص البناء • وقضى وفقا لذلك بازالة مظلة أقامهـا ساكن الدور الأرضى لأنهـا حجبت الرؤية عن ساكن الدور الذى يعلوه (٢) ولمالك الشقة أيضا سلطة التصرف فيها فيجوز له أن يجرى عليها جميع التصرفات القانونية معاوضة أو تبرعـــا • حين يرد تصرفه لزاما على الشقة وعلى حصة مالكها فى الأجـزاء الشائعـــة• كما يجـوز له أن يرهنها أو يرتب عليها حـق انتفاع • ولايرد على سلطتـــه فى هذه التصرفات القانونية الا ما ينشأ عن الاتفاق الذى قبله • فقـد يمنـــع

---

(١) راجع د/ اسماعيل غانم فقرة ١٣٠ •

(٢) راجع استئناف جرينول ١٨٩٧/٦/٢٢ ،دالـــوز ١٨٩٨•

بمقتضاه من تجزئة الشقة بالنزول عن ملكية جزء منهـا • أو يعلق بيعـه لهـا على موافقة بقيـة ملاك البناء أو أغلبيتهم • ولمالك الشقة كذلك أن يجرى عليها التصرفات المادية التى يراها مثل ازالة بعض الفواصل بين الحجـرات توسعه لهـا أو اقامـة فواصل جديدة لزيادة عددها • انمـا لايجـوز أن يترتب على التغيرات التي يحدثها تهديد لسلامة البناء أو مساس بمتانتـه ولمالك الشقة أيضا استعمال الدعاوى المقـررة لحماية حـق الملكية وكذلك حمايـة الحيازة •

حقـوق والتزامات مالك الشقة على الأجـزاء المشتركـة :

لمالك الشقة بالنسبة للأجزاء المشتركة حقوق وأعباء أو التزامـات معينه وسوف نعرض لكـل منهـا على النحـو التالى :

أولا : حقوق مالك الشقة على الأجـزاء المشتركة :

- تعتبر الأجـزاء المشتركة ملكا على الشيوع لجميع ملاك الشـقق ويكون نصيب كـل مالك فيها بنسبة الجـزء الذى له فى الدار • فقيمة الشـقة هى التى تحـدد الحصة الشائعة التى للمالك فى الأجـزاء المشتركة ويتعيـن على مقتضاها نصيبه فى الثمـن اذا بيع جزء من الأرض الملحقـة بالبناء أو فـى التعـويض اذا نزعت ملكيته للمنفعـة العامـة • وقيمـة صوته فى اتحـاد المـلاك وحصته فى التكاليف المشتركة • والعبرة فى تقدير قيمـة الجـزء المفـرز أو الشقة بوقت انشاء البناء ولايعتد بأية تغيرات فى قيمته تطرأ بعـد

بنائه سواء كانت تغيرات داخلية كتحسينات قام بها المالك أم تغيرات خارجية كفتح أو توسيع شارع فى جانب من البناء أو الغاء حديث كان يطل عليها جانب منه بل تبقى القيمة ثابته كما كانت وقت انشاء الدار [1] والشيوع هنا اجباريا . فلا يجوز أن يتصرف مالك الشقة فى حصته فيها مستقلا عن الجزء الذى يملكه وهو الشقة التى أعدت الأجزاء المشتركة لخدمتها . بل يمكن القول بأن التصرف فى الجزء المفرز يشمل حصته فى الأجزاء المشتركة باعتبارها ملحقات له . وحقوق مالك الشقة على الأجزاء المشتركة تتعلق أساسا بالاستعمال فله أن يستعمل هذه الأشياء كما يشاء مثل السلم والمصعد أو يعلق على الحائط المشترك مواسير للمياه أو أسلاكا كهربائية أو مداخن على ألا يؤثر فى متانة البناء . على أن تلك الحقوق مقيدة أولا بالانتفاع بالجزء المفرز الذى له . فلا يجوز له أن يستعمل الأجزاء المشترك الا للانتفاع به . فاذا كسب مالك الشقة ملكية عقار ملاصق أو أستأجره لايجوز له أن يستعمل الأجزاء المشتركة كما يحدده الاتفاق بين الملاك أو طبيعة الشيء . فلا يجوز له أن يستعمل هذه الأجزاء فى غير ما أعدت له مثل ذلك أن يستعمل بئر السلم لنشر الملابس المغسولة . أو استعمل سور السلم فى اعلانات لبضائع يتجر فيها حتى ولو كان مصرحا له بالاتجار فيها [2] . وقد أجمل نص المادة ١/٨٥٧ مدنى هذه القيود فجاء نصها " كل مالك فى سبيل الانتفاع

---

(١) راجع السنهورى ،الوسيط جـ٨ فقرة ٦٢٥ ،د/اسماعيل غانم فقرة ١٣٣ ، د/محمد لبيب شنب فقرة ٣٢٠ ،وعكس ذلك د/محمد على عرفه فقرة ٣٥٧ .

(٢) راجع د/ جمال زكى المرجع السابق ص٢٢٤ .

بالجزء الذى يملكه فى الدار حر فى أن يستعمل الأجزاء المشتركة فيما أعدت له . على ألا يحول دون استعمال باقى الشركاء لحقوقهم " . ولأى مالك أن يعترض على استعمال مالك آخر للأجزاء المشتركة فى غير ما أعدت له أو فى سبيل الانتفاع بعقار آخر خلافا للمادة ١/٨٥٧ مدنى أو على احداثه تغييرا فيها لاتجيزه المادة ٢/٨٥٧ مدنى دون أن يستطيع هذا الأخير التخلص من اعتراضه بحجة هذا التغيير أو ذلك الاستعمال لم يعد عليه بضرر . لأنه بعمله هذا قد أخل التوازن الذى يجب قيامه بين ملاك البناء . وهدم التناسق الذى يجب أن يهيمن على علاقاتهم .

ثانيا : **الالتزامات التى تقع على مالك الشقة فى الأجزاء المشتركة :**

على مالك الشقة أن يساهم فى الأعباء المشتركة وهى تكاليف حفظ الأجزاء المشتركة وصيانتها وادارتها وتجديدها (١) وتحيط هذه العبارات بنفقات صيانة أو اصلاح الأجزاء المشتركة . وتوفير الخدمات المشتركة كالمصعد ونور السلم وأجر البواب والضرائب بجميع أنواعها وتوزيع هذه النفقات على ملاك الشقق وفقا للاتفاق بينهم . فاذا لم يتفقوا على ذلك توزيع عليهم بنسبة قيمة الجزء المفرز كل منهم . بحيث يكون نصيب كل مالك فيها بنسبة قيمة الجزء الذى له فى الدار . دون اعتبار لقدر استعماله للأجزاء الشائعة أو للخدمات المشتركة . فيكون على المالك فى الدور الأرضى أن يساهم فى نفقات المصعد . غير أن المشرع الفرنسى يفرق بين نفقات الخدمات الجماعية

---

(١) راجع د/جمال زكى ، المرجع السابق ص ٢٢٥ .

والتجهيزات المشتركة سواء لصيانتها أو لتجديدها والتى لايلزم المالك بالمساهمة فيها الا بقدر الفائدة التى تعود عليه منها • ونفقات الحفظ أو صيانة الأجزاء المشتركة وادارتها والتى يلزم كل مالك بالمساهمة فيها بنسبة حصته فى هذه الأجزاء التى تقدر بدورها بقيمة الجزء المفرز يملكه • وعلى ذلك لايلتزم مالك الشقة فى الدور الأرضى بشىء من تكاليف المصعد (١) • ولايجوز لمالك الشقة لكى يتخلص من تكاليف الأجزاء المشتركة أن يتخلى عن نصيبه فيها • لا لأن استعمال الأجزاء المشتركة ضرورة حتمية للانتفاع بالشقة • ولايمكن من ثم الفصل بينهما والتخلى عن هذه الأجزاء وحدها • كما أن تلك التكاليف تعتبر فى الحقيقة نتيجة لملكية الجزء المفرز أكثر مما تعتبر نتيجة لملكية الحصة فى الأجزاء المشتركة • انما يمكن للمالك أن يتخلى عن كليهما معا •

ادارة الأجزاء المشتركة :

تتبع فى ادارة الأجزاء المشتركة القواعد العامة فى ادارة المال الشائع ولكن يمكن أن يكون بين ملاك الشقق مايسمى باتحاد الملاك • فهذا الاتحاد يتم تكوينه بين الشركاء بعد كسب ملكية البناء بقصد ادارة أجزائه المشتركة • ولكن يجوز تكوين اتحاد الملاك بقصد التشييد والبناء وتوزيع طبقاته على الشركاء فى هذا الشيوع • ومن ثم فلابد لنا من عرض تفصيلى لاتحاد الملاك ثم الادارة المال الشائع فى حالة الخلو من تكوين لاتحاد الملاك وفقا لما يلى :

---

(١) راجع المادة الأولى من القانون ١٠ لسنة ١٩٦٥، الصادر فى فرنسا•

١ ـ اتحـــاد المـلاك :

ماهيته :

نصت على ذلك المادة ٨٦٢ مدنى " حيثما وجدت ملكية مشـــــتركة لعقار مقسم الى طبقات أو شقق جاز للملاك أن يكونوا اتحادا فيمـــا بينهم • ويجـوز أن يكون الغرض من تكوين الاتحاد لبناء العقـــارات أو مشتراها لتوزيع ملكية أجزائها على أعضائها " •

يتضح من هـذا النص أن اتحاد الملاك هـو عبارة عن هيئـــــة أو جمعية تقوم حيث توجد ملكية مشتركة فى عقار مقسم الى طبقـــات أو شقق • ولكنه يختلف عن نظام الجمعيات • فهـدفه ليس الحصـول على الربح المادى وانما يقصد ادارة العقار المشترك (١)

واتحاد الملاك فى ظل قواعد القانونى المدنى اختياريا كما هـو واضـــح من النص سالف الذكـر حيث وردت الصياغة " جاز للملاك أن يكونـوا اتحادا فيما بينهم " • على خلاف الحال فى التشريع الخاص بايجـــار الأماكـن فهـو اجبارى اذا جاوز عدد الطوابق أو الشقق خمســـا وجـاوز عدد ملاكها خمسة أشخاص (٢) • ولم يعترف المشرع صراحـــة بأن اتحـاد الملاك له شخصية معنوية ولكن يستدل على ذلك ضمنـــا

---

(١) راجع د/توفيق فرج ، المرجع السابق ،ص ٢١٥•

(٢) راجع نص المادة ٧٣ من قانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧•

من المادة ٢/٨٦٦ مدنى " ويمثل مأمور الاتحاد أمام القضاء حتى فى مخاصمة الملاك اذا انتفى الأمر " • وثبوت الشخصية المعنوية يكون بقصد القيام بأعمال وادارة العقار المشترك •

مأمور الاتحاد :

يكون للاتحاد مأمور يتولى تنفيذ قراراته (١) ويعين بأغلبية أعضائه محسوبة على أساس قيمة الأنصباء واذا تعذرت هذه الأغلبية يعين المأمور بأمر يصدر من رئيس المحكمة الابتدائية الكائنة فى دائرتها العقار بناء على طلب أحد الملاك بسبب عدم كفائته أو عدم أمانته وذلك بعد اعلان الشركاء لسماع أقوالهم فى هذا العزل • ويكون لمأمور الاتحاد المطالبة بأجر • ويتولى تنفيذ قرارات الاتحاد • ويطالب الملاك بتنفيذ التزاماتهم وله اذا اقتضى الأمر رفع الدعاوى عليهم • وعليه من تلقاء نفسه أن يقوم بما يلزم لحفظ جميع الأجزاء المشتركة وحراستها وصيانتها • على أن ادارة الأجزاء المشتركة هى مهمة الاتحاد • الذى له وحده اتخاذ القرارات المناسبة فى شأنها ولذلك لايجوز للمأمور أن يضطلع بها الا فى حالات الاستعجال التى توجب عليه القيام بالعمل فورا • وفى المسائل القليلة الأهمية التى لاتبرر دعوة الاتحاد لنظرها • فيقوم بها ثم بعد ذلك يقدم تقريرا عن هذا العمل أو ذاك الى اتحاد الملاك فى أقرب جلسه له (٢) • ويعتبر مأمور الاتحاد وكيلا أو نائبا عن اتحاد الملاك وعليه أن يقدم حسابا عن عمله •

---

(١) راجع نص المادة ١/٨٦٦ مدنى مصرى •

(٢) راجع د/ السنهورى ، الوسيط جـ٨ فقرة ٦٣٧•

وتتحدد مسئوليته على مقتضى مسئولية الوكيل • ولذلك يمثل الاتحاد قانونا أمام جهات القضاء حتى فى مخاصمة الملاك •

لائحة الاتحاد :

أوجب نص المادة ٨٦٣ مدنى وضع لائحة أو نظام للاتحاد وذلك بموافقة جميع الأعضاء ، ومن ثم لايجوز تعديل هذه اللائحة الا بموافقتهم جميعا(١) فاللائحة هى اتفاق بين جميع أعضاء الاتحاد لضمان حتى الانتفاع بالعقار المشترك وحسن ادارته • وقد يقومون بوضعها معا اذا قاموا بتشييد أو شراء هذا البناء الذى اقتسموا أجزاءه • وقد يتحقق اتفاقاهم عليها تدريجيا اذا عرضت للبيع شقق هذا البناء • وتم بيعها الى مشتريين فى أوقات مختلفة وقبلها كل مشترك على حده • ويجب أن تتضمن اللائحة حلولا لما يتوقعونه من منازعات بينهم •

ادارة المال الشائع :

نظم المشرع ادارة المال الشائع فى المادة ٨٦٤ مدنى التى نصت على أنه " اذا لم يوجد نظام للادارة أو خلا النظام من النص على بعض لأمور • تكون ادارة الأجزاء المشتركة من حق الاتحاد • وتكون قرارته فى ذلك ملزمة • بشرط يدعى جميع أصحاب الشأن بكتاب موصى عليه•

---

(١) راجع د/ الصده ، المرجع السابق ص١١٩ فقرة ٩٠•

وأن تصدر القرارات من أغلبية الملاك محسوبة على أساس قيمة الأنصبة "
يتضح من هذا النص أنه اذا لم توضع لائحة لادارة الأجزاء الشائعة أو خلت اللائحة من بند فى بعض المسائل . قام الاتحاد بالادارة عن طريق القرارات الفردية فى كل حالة على حده . ويتخذ قرارته فى هذه الحالة أو تلك بالأغلبية العادية . وهى أغلبية الملاك وليس أغلبية الحاضرين . وتكون قرارات الاتاد ملزمة لجميع الملاك حتى غير الموافق والغائب وذلك مشروط أن يكون قد تم دعوة جميع أعضاء الاتحاد الى الاجتماع بكتاب موصى عليه . ويكاد أن ينعقد الاجماع فى الفقة المصرى (١) على أن سلطة الاتحاد لاتقتصر على الأعمال العادية للادارة بل تشمل أيضا اعمال الادارة غير العادية ولكننا نذهب مع اتجاه آخر ونرى أنه يتفق مع التفسير المنطقى للنصوص القانونية (٢) الى أن سلطة الاتحاد تقتصر فقط على أعمال الادارة المعتادة فقط . ويخرج من مهمة الاتحاد أعمال الادارة غير العادية التى تحيط بالتغيرات الأساسية والتعديل فى الغرض الذى أعدت له الأجزاء الشائعة التى يتعين لتقريرها موافقة جميع الملاك . ذلك أن مهمة الاتحاد محصورة أساسا فى أعمال الادارة المعتادة . لأن نص المادة ٦٨٣ مدني أوجب أن توضع لائحة لضمان حسن الانتفاع بالعقار المشترك وادارته .

---

(١) راجع د/السنهورى ج٨فقرة٦٣١ . د/اسماعيل غانم فقرة١٣٧ . محمد لبيب شنب فقرة ٣٢٤ـ الصده فقرة ١٩٠ . د:عبدالفتاح عبدالباقى فقرة ١٨٩ .

(٢) راجع د/جمال زكى ، المرجع السابق ص ٢٣٢ .

استثناء على أعمال الادارة المعتادة :

اذا كان الاتحاد يقتصر على القيام بأعمال الادارة المعتادة فقط الا أن المشرع قرر للاتحاد سلطة القيام بأعمال معينه ولو كانت تتعلق بالأجزاء المفرزة أو تخرج عن حدود الادارة العادية • فقد تناول المشرع هذه الأعمال فى عجز المادة ٨٦٥ مدنى التى نصت على أنه "للاتحاد بأغلبية الأصوات المنصوص عليها فى المادة السابقة أن يفرض أى تأمين مشترك من الأخطار التى تهدد العقار أو الشركاء فى جملتهم وله أن يأذن فى اجراء آية أعمال أو تركيبات مما يترتب عليها زيادة فى قيمة العقار كله أو بعضه • وذلك على نفقة من يطلبه من الملاك وبما يضعه الاتحاد من شروط وما يفرضه من تعويضات والتزامات أخرى لمصلحة الشركاء" •

ثانيا : ملكية الطبقات :

يطلق الفقه المصرى (١) على ملكية الطبقات ملكية السفل والعلو• أخذا عن أحكام الشريعة الاسلامية الغراء (٢) غير أن ملكية الطبقات تختلف عن ملكية الشقق اذ الأخيرة تقوم على فكرة ازدواج حق مالك كل منها • وتكون الأرض التى آقيم عليها البناء وجدرانه الرئيسية وسقوفه ملكا شائعا لكل الملاك

---

(١) راجع د/ السنهورى ص ١٠٠٩ ، د/الصدمى ٢٨٩ ، د/اسماعيل غانم ص ٣١٤

(٢) راجع الأستاذ /على الخفيف ، أحكام المعاملات المالية والشرعية الطبعة الثانية ص ٦٥ ومابعدها •

بينما تقوم ملكية الطبقات على ملكيات مفرزة بعضها فوق بعض . بحيث يكون لمالك الطبقة السفلى الأرض التى شيد عليها البناء وجدران طبقته وسقفها . ويكون لمالك الطبقة التى تعلوه حق التعلى عليها . ويستقل بملكية الطبقة التى يشيدها جدرانها وأرضيتها وسقفها . وهكذا مالك كل طبقة مهما تعددت طبقات البناء . وتعتبر ملكية الشقق هى الأصل فيطبق اذا لم يوجد فى سندات الملك مايخالفه . ولايطبق من ثم نظام ملكية الطبقات الا اذا اتفق عليه ذو الشأن فى سندات ملكيتهم . وسوف نعرض تباعا التزامات صاحب السفل وصاحب العلو على النحو التالى :

(أ) التزامات صاحب السفل :

يقع على عاتق صاحب السفل التزامان هما : القيام بالأعمال التى تمنع سقوط العلو . والقيام باعادة بناء السفل اذا تهدم .

أولا : انجاز الأعمال اللازمة لمنع سقوط العلو :

اذا كان صاحب السفل يملك طبقته ملكية تامة أو خالصة . الا أنها ملكية مقيدة بحق التعلى لغيره وهو حق القرار على بنائه (١) لذلك يجب عليه القيام بالأعمال والترميمات اللازمة لمنع سقوط العلو. وبعبارة أوضح القيام بكل اجراء لازم لصيانة الأسقف

---

(١) راجع الأستاذ/ على الخفيف ، أحكام المعاملات المالية والشرعية الطبعة الثانية ص ٧٥ .

والأخشاب الحاملة له . لأنه اذا سقط السقف سقط العلو معه . ويجب على صاحب السفلى كذلك صيانة جدرانه وترميمها حفظا لحق القرار الذى لجاره . واذا امتنع صاحب السفلى عن الترميم كان لصاحب العلو أن يلجأ الى قاضى الأمور المستعجلة للأمر باتخاذ اجراءات الترميم العاجلة وفى غير حالة الاستعجال يلجأ الى المحكمة المختصة طبقا للقواعد العامة فى قانون المرافعات للأمر ببيع السفلى [١].

ثانيا : اعادة بناء السفلى اذا تهدم :

هذا الالتزام ورد فى نص المادة ١/٨٦٠ مدنى " اذا انهدم البناء وجب على صاحب السفلى أن يعيد بناء سفله . اذا امتنع جاز للقاضى أن يأمر ببيع السفل الا اذا طلب صاحب العلو أن يعيد بناءه على نفقة صاحبه " .

يتضح من هذا النص أنه اذا انهدم السفل ولو كان بغير خطأ صاحبه وجب عليه اعادة بناء هذا السفل . وذلك ليستطيع صاحب العلو أن يستعمل حق القرار عليه . وعلى ذلك فانه فى حالة امتناع صاحب السفل اعادة بناء السفل . فلصاحب العلو الخيار بين طلب بيع السفل على صاحبه ليقوم المشترى [٢] باعادة بنائه . أو طلب الاذن له فى أن يعيد بناء السفل على نفقة صاحبه . ثم يرجع عليه بما يكون قد أنفقه فى

---

(١) راجع نص المادة ٢/٨٥٩ مدنى .

(٢) راجع د/ جمال زكى ، المرجع السابق ص ٢٤٣ .

اتمام اعادة البناء ويكون له استعمالا للحق فى الحبس منع صاحب السفل من السكنى والانتفاع حتى يؤدى له مافى ذمته [1] أو أن يحصل على اذن فى ايجار السفل أو سكناه استيفاء لحقه . واذا كان انهدام السفل بخطأ صاحبه فانه يلتزم بتعويض صاحب العلو عن الضرر الذى لحقه نتيجة انهدام علوه أما اذا كان انهدام السفل يرجع الى خطأ صاحب العلو كان ملتزما بتعويض صاحب السفل عن الضرر الذى لحقه نتيجة هذا الهدم .

(ب) **التزام صاحب العلو :**

القى المشرع فى المادة ٨٦١مدنى "لايجوز لصاحب العلو أن يزيد فى ارتفاع بنائه بحيث يضر بالسفل ". هذا الالتزام على صاحب العلو فقط . أى يجب عليه عدم الارتفاع ببنائه الى حد يضر بالسفل فليس له أن يبنى طابقا جديدا . ولايزيد فى ارتفاع طبقته اذا كان أساسات السفل أو جدرانه لاتحتمل تلك الطبقة أو هذا الاتفاع . والحكمة ظاهرة [2] من هذا الالتزام حتى لاتضار الأجزاء المشتركة وصاحب السفل من عبء هذه الزيادة ويضيف البعض الى هذا الالتزام التشريعى التزاما آخر هو أن صاحب العلو [3] يلتزم أيضا بعدم تحميل السقف فوق طاقته . ولكن هذا الأخير يدخل فى نطاق الالتزام التشريعى الوارد بنص المادة ٨٦١ مدنى سالف الذكر .

---

(١) راجع نص المادة ٢/٨٦٠ مدنى .

(٢) راجع د /البدراوى المرجع السابق ص٢٦٠.

المبحث الثانى

ملكية الأسرة

١ ـ النص التشريعى :

استحدث المشرع فى التقنين المدنى الجديد ملكية الأسرة فى المواد من ٨٥١ حتى ٨٥٥ مدنى مصرى . وقد اقتبس هذا التنظيم من التقنين المدنى السويسرى والايطالى [(١)] . وفى واقع الأمر أن هذه الملكية قائمة فى البيئة المصرية . قبل التنظيم التشريعى لها . ومن ثم فكاد دور المشرع هو النص على التنظيم القانونى لها حماية للأسرة من تحكم أكبر أفرادها . ثم أقام رقابة فعالة على ادارة هذه الملكية . وهيأ لكل فرد فى الأسرة طريقا للخروج من هذا الشيوع . ومن ثم نعرض لشروط هذه الملكية وأحكام النظام القانونى لها من حيث التصرف والادارة .

٢ ـ شروط ملكية الأسرة :

لقد أفصح المشرع المصرى فى المادتين ٨٥١ ، ٨٥٢ مدنى مصرى عن هذه الشروط فجاء نص المادة ٨٥١ مدنى " لأعضاء الأسرة الواحدة الذين تجمعهم وحدة العمل أو المصلحة أن يتفقوا كتابة على انشاء ملكية الأسرة وتتكون هذه الملكية من تركة ورثوها واتفقوا على جعلها كلها أو بعضها ملكا للأسرة . واما من أى مال آخر مملوك لهم اتفقوا على ادخاله

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٦ ص ١٥٢ .

في هذه الملكية " • ثم جاء نص المادة ٨٥٢ مدنى " يجوز الاتفاق على انشاء ملكية الأسرة لمدة لاتزيد على خمس عشرة سنة • على أنه يجوز لكل شريك أن يطلب من المحكمة الاذن له فى اخراج نصيبه من هذه الملكية قبل انقضاء الأجل المتفق عليه اذا وجد مبرر قوى لذلك " •يتضح من هذا الغرض التشريعى سالف الذكر أنه يشترط جملة شروط لوجود هذه الملكية هذه الشروط هى : أن يكون هناك اتفاق مكتوب • أن يكون الاتفاق مابين أعضاء أسرة واحدة • أن يكون الاتفاق على أموال مملوكة لهم فتكون مالكا للأسرة • الا يزيد على خمس عشر سنة • وسوف نعرض تفصيلا لهذه الشروط على النحو التالى :

١ – **وجود اتفاق مكتوب :**

يجب أن يكون الاتفاق على انشاء ملكية الأسرة مكتوبا وهذا ماصرح به المشرع " أن يتفقوا كتابة " ويستوى أن تكون الكتابة فى محرر رسمى أو محرر عرفى • والكتابة تشترط هنا للانعقاد وليس للاثبات ويجب أن يتوافر أهلية التصرف بين أطراف هذا الاتفاق (١) اذ أن انشاء ملكية الأسرة يترتب عليه اشتراك كل منهم فى مال يقدمه غيره • واشراك غيره فى مال يقدمه •

---

(١) راجع د/ جمال زكى ، المرجع السابق ص ٢٤٤•

٢ - **الاتفاق بين أعضاء أسرة واحدة :**

اشترط النص سالف الذكر أن يكون الشركاء أعضاء فى أسرة واحدة فلا يجوز انشاؤها بين أشخاص لاتجمعهم رابطة الأسرة . ولأعضاء الأسرة انشاء ملكية الأسرة مهما كانت درجة قرابتهم . فلا يشترط أن يكونوا أخوة . ويكفى أن يجمعهم أصل مشترك . ويجب تحديد أعضاء الأسرة الواحدة طبقا للمادة ٣٤ مدنى التى جاء نصها " تتكون أسرة الشخص من ذوى قرباه . ويعتبر من ذوى القربى كل من يجمعهم أصل مشترك " ولذلك لايدخل الأصهار فى أعضاء الأسرة . وفى واقع الأمر اشترط أن المشرع اشترط شرطا غريبا وهو أن يجمع هؤلاء الأعضاء وحدة العمل أو المصلحة . فأفراد الأسرة تجمعهم أبدا وحدة المصلحة . ومن ثم نرى أن هذا تزيد واضح لا فائدة منه . وان كان البعض ذهب فى تفسير ذلك أن المصلحة الموحدة لهؤلاء تكمن فى ما اذا كان مال الأسرة تركة يحسن بقاؤها كتلة متماسكة يمكن استغلالها على خير وجه مثل المتجر أو المصنع (١)

٣ - **أن يكون محل الاتفاق مال مملوك لأعضاء الأسرة :**

فى العادة تقوم ملكية الأسرة بين الورثة وتتكون الملكية حينئذ من التركة التى آلت فتبقى هذه الأموال على الشيوع بدلا من اجراء قسمتها .

---

(١) راجع د/ البدراوى ، المرجع السابق ص ٢٤١.

وأكثرها تكون التركة فى هذه الحالة استغلالا صناعيا أو تجاريا أو زراعيا يظل قائما كما كان فى حياة مورثهم • ولكن يجوز أن يتفق أعضاء الأسرة على تكوين ملكية لها من مال يقدمه كل منهم• ويكون المقصود من ذلك استغلال هذا المال استغلالا معينا يقتضى وحدة الادارة • وعلى هذا تتكون ملكية الأسرة اما من تركة ورثوها واتفقوا على جعلها كلها أو بعضها ملكا للأسرة • واما من مال آخر مملوك لهم واتفقوا على ادخاله فى هذه الملكية يجوز أن يكون هذا المال الذى تتكون منه ملكية الأسرة منقولات أو عقارات • حين يجب فى هذه الحالة الأخيرة • تسجيل الاتفاق حتى ولو كان العقار مملوكا على الشيوع لأعضاء الأسرة قبل الاتفاق على انشاء ملكية الأسرة [1] •

٤ ـ **ألا تزيد المدة على خمس عشرة سنة :**

حدد المشرع هذه المدة فى عجز المادة ٨٥٢ مدنى بخمس عشرة سنة • وتكون هذه المدة ملزمة لأطرافه طالما كانت فى حدود المدة المحددة نصا كما سبق القول • وهنا يتميز شيوع الأسرة عن الشيوع العادى الذى لايجوز البقاء فيه على مدة تزيد عن خمس سنوات • ويجوز تجديد هذه المدة مرة تلو الأخرى • أما اذا انقضت

---

(١) راجع د/ اسماعيل غانم ، المرجع السابق ص ١٢٠•

المدة ولم تجدد ولم يطلب أحد الأعضاء القسمة ظل الشيوع قائما بين أعضاء الأسرة على أساس هذه الشيوع العادى لاشيوعا فى ملكية الأسرة وقد[1] خول المشرع الشريك الذى يريد الخروج من هذا الشيوع الاجبارى اذا كان هناك مبررا قويا لذلك اللجوء الى المحكمة المختصة للاذن له باخراج نصيبه من هذه الملكية ويعتبر مبررا قويا حدوث شجار بين أعضاء الأسرة انقطع كل أمل فى ازالته • واذا لم تحدد ملكية الأسرة اتفاقا بين الأعضاء كان لكل شريك أن يخرج نصيبه منها بعد ستة أشهر من يوم اعلان الشركاء رغبته فى اخراج نصيبه •

٣ - النظام القانونى لملكية الأسرة :

لقد وضع المشرع النظام القانونى لملكية الأسرة فى المادتين ٨٥٣، ٨٥٤ مدنى من حيث التصرف وادارة ملكية الأسرة • فنصت المادة ٨٥٣ مدنى " ليس للشركاء أن يطلبوا القسمة طالما أن ملكية الأسرة قائمة • ولايجوز لأى شريك أن يتصرف فى نصيبه لأجنبى عن الأسرة الا بموافقة الشركاء جميعا • واذا تملك أجنبى عن الأسرة حصة أحد الشركاء برضاء هذا الشريك أو جبرا عليه • فلا يكون هذا الأجنبى شريكا فى ملكية الأسرة الا برضائه ورضاء باقى الشركاء "•

---

(١) راجع د/ السنهورى ج ٨ فقرة ٦٤٥ ،د/جمال زكى ص ٢٤٧•

ويتضح من هـذا النص أنه خاص بالتصرف فى ملكية الأسرة • فـلا يستطيع الشريك طلب القسمة الا اذا طرأ له مبررا قويا يقتضى خروجه منهـا • ولكـن يجوز لكل شريك أن يتصرف فى نصيبه الى أحـد الشركاء ليخرج مـن ملكية الأسرة • وتزيد حصة المتصرف اليه بقدر هـذا النصيب • ولكـن لايجـوز لأى شريك أن يتصرف فى نصيبه لأجنبى عن الأسرة الا بموافقة الشركـاء جميعا • فاذا وافق بقية الشركاء على تصرفه له • كـان التصرف نافذا فـى مواجهتهم • وحـل الأجنبـى محـل الشريك • لا فى ملكية الأسرة بل فـى نصيب الشريك الشائع • فيستطيع الأجنبى اخراج هـذا النصيب عن ملكيـة الأسرة عن طريق التجنيب [1] ويجوز للأجنبى اذا شاء أن يحل فى ملكيـة الأسرة بموافقة أخـرى لبقية الشركاء • ويعتبر هـذا استثناء طارئا علـى مبدأ اقتصار الملكية على أعضاء الأسرة الواحدة • ولدائن الشريك أن ينفـذ على نصيبه فى ملكية الأسرة • فاذا رسا مزاده على آجنبى عن الشركاء يستطيـع هـذا الأجنبى • كما قدمنا أن يخرج هذا النصيب عن ملكية الأسرة ولكنـه لايستطيع أن يبقى فى ملكية الأسرة الا بموافقة باقى الشركاء •

بينما نصت المادة ٨٥٤ مدنى على ادارة ملكية الأسرة فجاء نصهـا " للشركاء أصحاب القدر الأكبر من قيمة الحصص أن يعينوا من بينهم للادارة واحدا أو أكثـر • وللمدير أن يدخـل على ملكية الأسرة من التغيير فى الغـرض الذى أعـد له المال المشترك مايحسن به طرق الانتفاع بهذا المال ما لـم

---

(١) راجع السنهورى ، الوسيط جـ ٨ فقرة ٦٢٧.

يكـن هناك اتفاق على غير ذلك ويجوز عزل المدير بالطريقة التى عين بهـا ولو اتفق على غير ذلك • كما يجـوز للمحكمـة أن تعزله بناء على طلـب أى شريك اذا وجـد سبب قوى يبرر هذا العزل "•

يتضح من هذا النص أن ادارة ملكية الأسرة تتطلب تعيين أغلبيـة الشركاء محسوبة على آساس قيمة الأنصباء مديرا • أو أكثر من بينهم لادارة ملكيـة الأسرة • ولايجوز أن يكونوا من غيرهم على خلاف الشيوع العادى الذى يجـوز أن يكون مديره من غير الشركاء [1] وللمدير المعين من قبل هـذه الأغلبيـة سلطات واسعة تتميز عن المدير للشيوع العادى • فلا توكل أعمال الادارة المعتادة الانفـراد بأعمـال تخرج عن الادارة المعتادة وذلك كما ورد بعبارة نـص المـادة ١/٨٥٤ مدنى " أن يدخل على ملكية الأسرة من التغيير فى الغرض الـذى آعد له المال المشترك مايحسن به طرق الانتفاع بهذا المال " ولكن المديـر لايجوز له أن يستبدل أموال ملكية الأسرة ببعض أموال أخرى • ويجـوز لأغلبية الشركاء أن تتولى مباشرة ادارة ملكية الأسرة ولاتعين مديرا لادارتهـا حين يكون لها سلطات المدير الذى كان يجوز لها تعيينه •وتقوم بأعمال الادارة المعتادة •والأعمال التى تجوز حدود الادارة المعتادة •ولايجوز للأقلية الاعتراض أمام المحكمة على هذه الأعمال الأخيرة كما يجوز لها فى الشيوع العادى ويجـوز عزل المدير بالطريقة التى عين بها ولو كان هناك اتفاق على غير ذلك•كما يجـوز للمحكمة أن تعزله بناء على طلب أى شريك اذا وجد سبب قوى يبرر هذا العزل كعدم كفاءة المدير أو عدم أمانتـه •

---

(١) راجع د/ جمال زكـى ، المرجع السابق ص ٢٥٠ •

الباب الرابع

أسباب كسب الملكية

تمهيد :

لقد تناول المشرع المصرى تنظيم آسباب كسب الملكية فى الفصل الثانى من الكتاب الثالث من مواد التقنين المدني الجديد اعتبارا من المواد ٨٧ حتى ٩٨٤ مدنى • ورتب هذه الأسباب ترتيبا منطقيا دون أن يعددها على خلاف الحال فى التقنيين القديم فقد عددها دون أن يرتبها ترتيبا منطقيا وقد ميز المشرع بين كسب الملكية ابتداء أى دون أن يكون لها مالك سابق تنتقل منه ويكون هذا بالاستيلاء • وبين كسبها انتقالا من مالك سابق• والكسب انتقالا قد يكون بسبب الوفاة كما هو الحال فى الميراث والوصية أو يكون انتقالا بين الأحياء ويتم ذلك بالالتصاق والعقد الشفعة والحيازة• ومن ثم تأتى دراستنا لأسباب كسب الملكية حسب الترتيب المنطقى لما أورده المشرع منقسما الى ثلاث فصول : يتناول الأول : كسب الملكية ابتداء بالاستيلاء سواء على المنقول أو العقار • ويتناول الثانى : كسب الملكية بسبب الوفاة كالميراث والوصية • ويتناول الثالث : كسب الملكية بين الأحياء بالعقد والالتصاق والشفعة والحيازة • • لتكن أسباب الملكية سبعة هى : الاستيلاء - الميراث - الوصية - الالتصاق - العقد - الشفعة - الحيازة • وسوف نعرض لذلك على النحو التالى :

الفصل الأول

الاستيلاء

تمهيد :

يعتبر الاستيلاء طريقا أصليا لكسب الملكية ، اذ ينشىء لمن قام به حق ملكية على شيء محلا له قبل حصوله ، فلاستيلاء فى الواقع لايرد الا على الأشياء ، (يؤدى الى أن تصبح هذه الأشياء أموالا ، وقد تضآلت أهمية الاستيلاء مسب لكسب الملكية فى تلك الآونة ، حيث أصبحت الأشياء التى لا مالك لها قليلة جدا ، واقتصر نطاقة على المنقول ، بعد أن صار العقار الذى لامالك له ملكا للدولة ، وفى بحثنا للاستيلاء لكسب الملكية ابتداء لابد لنا من التفرقة بين الاستيلاء على المنقول والاستيلاء على العقار ، وهذا مانخصصه فى مبحثين على التوالى :

المبحث الأول

الاستيلاء على المنقول

ماهية الاستيلاء :

الاستيلاء كطريق لكسب الملكية يكون بوضع اليد على المنقول الذى لا مالك له بنية التملك ، ويجب أن تتوافر الحيازة للمنقول بعنصريها المادى الذى يقوم على الاستئثار به والمعنوى الذى يقوم على توافر نية التملك

فالحيازة وحدها مجردة من أية ظروف أخرى تكفي لكسب الملكية . والحكمة من ذلك واضحة هي أن المنقول ليس له مالك . ولاتتضمن من ثم حيازته اعتداء على حق الغير . ويقتصر الاستيلاء على كسب الملكية للأشياء المادية فقط دون غيرها من الأشياء المعنوية أو غير المادية [١]، [٢].

تطبيقات تشريعية على الاستيلاء كسبب لكسب الملكية :

١ - الأشياء المشتركة :

يقصد بها المنقولات التي لم يكن لها مالك منذ البداية وتكمن الأشياء المشتركة في صيد البحر والبر . فهي أشياء خارجة عن التعامل بحكم طبيعتها مثل الهواء والشمس وماء البحر . ومع ذلك يمكن أن يكون قدرا معينا منها محلا للملكية الخاصة بالاستيلاء عليها . فمن يحصر كمية ماء البحر لاستخراج الملح أو لأغراض صناعية يصير مالكا لها بالاستيلاء [٣]. ومن ثم تعتبر تبعا لذلك المياه التي تتناسب الى المساقي الخاصة ملكا لأصحاب هذه المساقي [٤]. والسمك في الماء والطير في الهواء منقولا لا مالك له أصلا . والحق في صيد البر والبحر له لوائح تنظمه . أي تنظم الترخيص بالصيد فقط أما ملكية الصيد تكون ملكا لمن يصطاده . ويشمل صيد البحر

---

(١) راجع السنهوري جـ ٩ فقرة ٦ .
(٢) راجع د/ جمال زكي ص ٢٥٧ .
(٣) راجع د/محمد كامل مرسي جـ ٣ فقرة ٢٨ .
(٤) راجع د/ محمد علي عرفه فقرة ١٢ ص ٨٨

مايحتويه من أسماك أو عنبر أو لؤلؤ أو مرجان أو اسفنج أو أعشاب بحرية . ويملك الصائد هذه الأشياء بالاستيلاء عليها حتى ولو كانت مخالفة للوائح الصيد [1] وان كان يتعرض هذا الصائد الى عقوبات منها مصادرة هذا الصيد . وصيد البر يشمل الطيور والغزلان ويظهر هذا التصور فى البلاد التى تمارس صيد أرانب البرارى الخاصة أو الغابات ويملك الصائد قنيصته من طيرا أو غيره بمجرد وقوعها حتى ولو فى غير أرضه سواا كانت جريحة أم ميته بحيث لايبقى للصائد سوى الامساك بها [2] ويعتبر سارقا من يأخذها قبل دخولها فى حوزة الصائد . ومما هو جدير بالذكر أن الحيوانات الأليفة مثل المواشى والخيل والدواجن لاتعتبر منقولا لامالك له ومن ثم لايرد عليها الاستيلاء حتى ولو ضلت أو تسربت فيسرى عليها قواعد الأشياء الضائعة . أما الحيوانات غير الأليفة فى أنواعها فتعتبر لامالك لها مادامت طليقة . ولكن مايكون محوزا منها يكون ملكا لحائزة بالاستيلاء . واذا روضت هذه الحيوانات حتى أصبحت تألف الرجوع الى المكان المخصص لها كالحمام فى الأبراج فانها تبقى ملكا لمن استولى عليها حتى فى الفترة التى تغادر فيها الأبراج وتطير فى الهواء مادامت قد ألفت الرجوع الى الأبراج ومادامت ترجع بالفعل اليها . فاذا فقدت هذه العادة فانها تعود طليقة وتصبح مرة آخرى لامالك لها ويجوز تملكها بالاستيلاء [3].

---

(١) راجع أوبرى ورو جـ٢ ص٣٣٩، بودان فقرة ٢١٣، محمدعلى عرفه ص١٠١.
(٢) راجع د/ الصده فقرة ٢٤٧.
(٣) راجع د/ السنهورى جـ ٩ فقرة ٩

٢ - **الأشـــياء المتروكـة :**

يقصـد بالأشياء المتروكة تلك التى يتخلى أصحابها عن ملكيتهـــا فأصبحت سائبــة • كالأوراق المهملة أو الملابس البالية • أو مخلفـات المنازل • وكذلك الأتربة الناتجـة عن عملية الحفر لوضع أســاسات المبانى (١) فيصبح المنقول فى هذه الحالات ومن أمثالها بلا مالـك بعد أن تخلى عنه مالكه بقصـد النزول عن ملكيته • فالترك الــذى يصبح بعده المنقول سائبه له عنصران : أحدهما مادى وهو التخلـى عن حيازة الشيء • والثانى : معنوى وهو نية النزول عن ملكيـة الشيء (٢) وفى هذا يعلق أستاذنا السنهورى أن التخلى لايقوم علـى واقعــة سلبية هــى عدم استعمال الشيء أو اهمـال المطالبة • بـل يقــوم على واقعــة ايجابية تصدر عن المالك الذي يتخلى من حيـازة الشيء مع انصراف نيته الى التخلى عن ملكيته • وممـا يجب التنويـه اليه أن هناك فارقا بين الأشياء المتروكة والضائعة • فالأخيرة فقـدها صاحبها رغما عنه ومن ثم تبقى ملكيتها له على خلاف الأولى ولنا عـوده أخرى عند الحديث عن اللقطة أو الأشياء الضائعة •

٣ - **الكـــنز:**

يقصد به كــل منقول مدفون أو مخبوء فى عقار أو منقول ولايستطيـــع أحــد أن يثبت ملكيته له • فيجــب أن يتوافر فى هذا الشيء أربعــة شروط هـــى :

---

(١) راجع د/ محمد على عرفه ، المرجع السابق جـ ٢ فقرة ١٦ •

(٢) راجع د/ الســنهورى ، المرجع السابق ص ٥٠ هامش ٦ •

أولا : **أن يكــون هــذا الشيء منقولا :**

هذا الشرط لم يظهر في النصوص وانما ورد في المذكـرة التفسيريـــة للمشروع التمهيدى تعليقا على المادة ١٣٠٣ التى تقابل ٨٧٢ حاليــا حيث عرف الكنز بأنه " منقول مدفون أو مخبوء في باطن الأرض "(١)

أما العقـار المدفــون فقد يعتبر آثرا • تسرى عليه حالئذ أحكـــام خاصة وهي قانــون الآثار ٢١٥ لسنة ١٩٥١(١) •

ثانيا : **أن يكــون مدفونــا أو مخبــوءا :**

فالشيء الضائع والملقى على سطح الأرض يعتبر لقطة لا كنزا • ويســتوى في الكنــز أن يكون مدفونا في عقار أو مخبوءا في منقول • رغــــم أن ظاهــر النص في المادة ٨٧٢ مدنى يوصى أن يكــون مخبوءا في عقـــار فيعتبر كنزا مايكون مخبوءا على صفحات كتاب قديم من أوراق نقديـــــة أو درج سرى لدولاب أو مكتـــــب •

ثالثا : **أن يكــون متميزا عما يحتويه :**

يخرج بهذا الأحجــار الكريمة التى توجد على حالتها الطبيعية في باطــن الأرض لأنهــا غير متميزة عنها •

---

(١) راجع الأعمــال التحضيرية جـ ٦ ص ١٩٤ •

رابعا : **ألا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته له :**

اذا استطاع شخص ما أن يقيم الدليل على ملكيته للمنقول لايعتبر كنزا وكان له أن يسترده بدعوى الاستحقاق فاذا توافرت الشروط الأربعة سالفة الذكر يقوم وصف الكنز للشيء • مادام لم يتقدم من يستطيع اثبات ملكيته له •

لمن تؤول ملكية الكنز :

أوضح المشرع فى المادة ٨٧٢ مدنى " يكون الكنز لمالك العقار الذى وجد فيه أو لمالك الرقبة " ثم أوضح أنه اذا عثر على الكنز فى عين موقوفه يكون ملكا للواقف ولورثته " • وبامعان النظر فى هذا النص نجد أن ملكية الكنز لاتخضع لأحكام الاستيلاء • فالكنز لايمتلكه مكتشفه وانما يمتلكه مالك العقار الذى وجد فيه • وأساس هذا التملك ليس هو الاستيلاء وانما هو التبعية أى أن ملكية الشيء تشمل جميع أجزائه • وملكية الأرض تشمل مافوقها وماتحتها (١) •

فملكية الكنز اذن تتبع ملكية العقار • فاذا كان محكرا أو مقررا عليه حق انتفاع أو استعمال أو سكنى لم يكن للمحتكر أو المنتفع أو المستعمل أو صاحب حق السكنى شيئا فى هذا الكنز حتى ولو كان أحدهم هو الذى اكتشفه • فالكنز مملوك لمالك الرقبة • ولايعتبر

---

(١) راجع د/منصور مصطفى فقرة ١١١، د/الصدة فقرة ٢٥٠ : يريان أن أساس التملك هو حكم القانون وليس التبعية •

من ثمار العقار حتى يملكه المنتفع . وحق الانتفاع المقرر على العقار لايمتد الى الكنز لعدم امكان انصراف قصد ذوى الشأن الى ذلك . ولعدم امكان اعتبار الكنز من الملحقات العادية للعقار المقرر عليه الانتفاع . فاذا عثر على الكنز فى أرض موقوفه لم يكن مالكا للوقف أو للمستحقين . وانما كان ملكا خاصا للواقف نفسه أو ورثته فالواقف لايمتد الى الكنز .

واذا عثر على الكنز فى ملك الدولة سواء كان ملكا عاما أو خاصا كان الكنز كله للدولة . ولم يخول المشرع المصرى لمكتشف الكنز فى أرض غيره أى نصيب فيه . وهذا مانراه قصورا تشريعيا يجب أن يكون المشرع بعيدا عنه . فكان يتعين كما هو الحال فى التشريع الفرنسى اقتسام الكنز مناصفة بين المالك والمكتشف بهذا الكنز (١)

٤ ـ **الأشياء الضائعة :**

يقصد بها اللقطة أى المنقول الذى يفقده مالكه ولايعثر عليه فيجده شخص آخر يعره ويلتقطه . ويختلف اللقطة عن الأشياء المتروكة . فى أن الأخيرة فقد صاحبها حيازتها الا أنه لم يتخلى عن ملكيتها وظل من ثم مالكا لها . ولذلك لاتكون محلا للاستيلاء . وتدل الظروف على طبيعة المنقول . وهل

---

(١) راجع د /البدراوى ، المرجع السابق ص ٣١١ .

هو شيء ضاع من صاحبه فتطبق عليه أحكام اللقطة أم شيء تخلى صاحبه عن ملكيته فيمكن تملكه بالاستيلاء • ومثل ذلك لايمكن اعتبار عثور أحد الأشخاص على حقيبة فى فندق نسيها أحد الأشخاص أو آله تصوير شيئا متروكا يمكن تملكه بالاستيلاء لأن الظروف تقطع بل تجزم أن صاحبها لم يتخل عنها قط وقد نظم المشرع المصرى للأشياء الضائعة تشريعا جنائيا فى المادة ٣٢١ مكرر عقوبات التى جاء نصها " كل من عثر على شيء أو حيوان فاقد ولم يرده الى صاحبه متى تيسر ذلك أو لم يسلمه الى مقر الشرطة أو جهة الادارة خلال ثلاثة أيام يعاقب بالحبس مع الشغل مدة لاتجاوز سنتين اذا احتبسه بنية التملك • أما اذا احتبسه بعد انقضاء هذه الفترة بغير نية التملك فتكون العقوبة الغرامة التى لاتجاوز مائة جنيه (١) •

---

(١) من هذه المادة مضافة بالقانون ٢٩ لسنة ١٩٨٢ منشورا بالجريدة الرسمية ١٩٨٢/٤/٢٢ العدد ١٦• وقد كان يعالج ذلك قبل التعديل الأشياء الفاقدة الصادر فى ١٨ مايو ١٩٨٢ •

المبحث الثانى

الاستيلاء على العقار

النص التشريعى :

لقد تناول المشرع المصرى فى المادة ١/٨٧٤ مدنى النص على أن " الأراضى غير المنزرعة التى لامالك لها تكون ملكا للدولة . ولايجوز تملك هذه الأراضى أو وضع اليد عليها الا بترخيص من الدولة وفقا للوائح . الا أنه اذا زرع مصرى أرضا غير مزروعة أو غرسها أو بنى عليها . تملك فى الحال الجزء المزروع أو المغروس أو المبنى ولو كان بغير ترخيص من الدولة ولكنه يفقد ملكيته بعدم الاستعمال مدة خمس سنوات متتابعة خلال الخمس عشرة سنة التالية للتملك " .

ولكن المشرع المصرى الغى هذا النص بصدور القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ والذى نص فى المادة الثانية منه على أن تنقسم الأراضى المملوكة للدولة ملكية خاصة الى مايأتى :

(أ) الأراضى الزراعية :

وهى تلك التى تقع داخل الزمام والأرض المتضاخمة الممتدة خارج حد الزمام الى مسافة كيلو مترين التى تكون مزروعة بالفعل . وكذلك أراضى طرح النهر . وهى الأراضى الواقعة بين جرى النيل وفرعيه التى يحولها النهر من مكانها أو ينكشف عنها والجز التى تتكون فى مجراه.

(ب) **الأراضي البور :**

وهي الأراضي غير المنزرعة الواقعة داخل الزمام والأراضي المتاخمة الممتدة خارج حد الزمام الى مسافة كيلو مترين ٠

(جـ) **الأراضي الصحراوية :**

وهي الأراضي الواقعة فى المناطق المعتبرة خارج الزمام بعد مسافة الكيلو مترين المشار اليهما فى البندين السابقين سواء كانت مزروعة بالفعل أو غير مزروعة أو كانت مشغولة بمبان أو منشآت ثابتة أو غير ثابتة ٠

ومما هو جدير بالذكر أن المشرع فى المادة ٨٦ من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ الغى المادة ٣/٨٧٤ مدنى التى تجعل من الاستيلاء المقترن بالتعمير سببا لكسب ملكية الأراضي المملوكة للدولة التى تقع خارج الزمام ٠ وصارت هذه الأراضي بموجب المادة الثانية من هذا القانون ملك للدولة ملكية خاصة كالأراضي الواقعة داخل الزمام بعد أن كانت اقرب الى اسيارة منها الى الملكية الحقيقية ٠ وقد نظم المشرع فى القانون ١٤٣ لسنة ١٩٨١ كيفية تملك الأراضي الصحراوية ٠ وهذا ماقمنا باستعراضه تفصيلا عند الحديث فى القيود التى ترد على حق الملكية ٠

الفصل الثاني

كسب الملكية بسبب الوفاة

" الميراث والوصية "

تمهيد :

تناول المشرع المصرى كسب الملكية بسبب الوفاة أيضا فى الفصل الثانى من الكتاب الثالث من التقنين المدنى المصرى الجديد فى المواد من ٨٧٥ حتى ٩١٧ مدنى • ويقصد بسبب الوفاة هنا أى بالميراث والوصية فالميراث يقع بقوة القانون • ويعتبر الوارث خلفا عاما لمورثة • أما الوصية فهى تصرف صادر عن ارادة واحدة هى ارادة الموصى له خلفا عاما اذا كان موصى له بكل التركة • ويعتبر خلفا خاصا اذا كان موصى له بنسبة معينة من التركة أو عين بذاتها [(١)] وتعتبر الوفاة القاسم المشترك بين الميراث والوصية ولكن حتى الوارث يتعلق بأموال مورثه منذ ابتداء مرض الموت • على خلاف الموصى له هذا الحق إلا منذ لحظة الوفاة الموصى • ومن هنا تأتى خطة بحثنا فى هذا الفصل منقسمة الى مبحثين نخصص الأول للميراث •ونخصص الثانى للوصية •

---

(١) راجع د/ جمال زكى ، المرجع السابق ص ٢٧٦ •

المبحث الأول

الميـــــــــــراث

تمهيـــــد :

لما كانت الشريعة الاسلامية هى صاحبة الولاية العامة فى التطبيـــق على المسلمين وغير المسلمين فى مسائل المواريث ٠ فتعتبر مسائل المواريـــث من المسائل الموحدة التى نطبق فى شأنها الشريعة الاسلامية [١] من حيـــث تعيين الورثة وتحديد نصيب كل منهم ٠ وكيفية انتقال الأنصبة اليهم ٠ وذلـــك طبقا لأرجح الأقوال فى مذهب الحنفية ٠ وقد فقدت أحكـام المواريث الواردة فى الشريعة الاسلامية فى القانون ٧٧ لسنة ١٩٤٣ [٢] وصارت هذه القواعـــد الواردة به هى التى تطبق فى جميع الأحوال ٠ ولما كانت القاعدة العامـــة فى الشريعة الاسـلامية " ألا تركه الا بعد سداد الديون " فانه يظهـــر فى التطبيق العملى العديد من المشاكل الناتجة عن انتقال التركة الى الورثـــة لما قد يثقلهـا من ديون باقية فى ذمة المورث ٠ ودين المورث مقدم فـــى الوفـاء على حـــق الوارث ٠ وخصوصا اذا ماكانـت نفس المؤمـن مرتهنة فـــى قبره حتى يوفى عنه دينه ٠ ومن هنا لابد لنا من تفصيل هذه المشاكل العملية فى مطلبين على التوالى :

---

(١) راجع د/حمدى عبدالرحمن أحمد ، الأحوال الشخصية لغير المسلميــن ص ٣٨ عام ١٩٩٢٠

(٢) راجع مؤلفنا المشاكل العملية فى قانون المواريث والوصية عام ١٩٩٠ص ١١٢ ٠

المطلـــب الأول

انتقـال التركـــة الى الورثـــة

١ - تحديد وقت الانتقـــال :

ثار خلاف حاد فـى الفقـة المصرى حـول تحديد الوقت الذى تنتقل فيه التركـه هـل تخلص التركه للورثة منذ لحظة الوفاة أم بعـــد خلوصها من ديـون المورث ؟ قبل الاجابة على هذا التســاؤل ماالذى دعا الفقة الـى هذا التساؤل · لعـل ذلك فى رأينـــا أن مرجـع ذلك الى القاعدة الشرعية التى سبق أن ذكرناها " ألا تركة الا بعـد سداد الديون " وقد تنازع الفقـة فى الاجابـــة على هـذا التساؤل الى ثلاثة مذاهب ·

فذهب الأحناف وتابعهـم الزيدية والشيعة الامامية · الى أن التركـة تبقى على حكم ملك المورث بعد وفاته الى حين سداد ديونه·ولايكـون للوارث حق فيها الا بعد وفاء هذه الديون · فان كانت التركـــة مستغرقة بالدين بقيت كلهـا على حكم ملك المورث بعد موتـــه ولم ينتقل شيء منها الى وارثه واذا كانت غير كامله الاستغراق بالدين انتقـل مايزيد عنه الى الوارث · وسند هذا الاتجاه فيما ذهـــب اليه هى أن اللـه سبحانه وتعالى جعل الميراث بعد الوصية والدين لقوله تعلى : " من بعد وصية يوصى بها أو دين " وبذلك تخلص مسئولية المورث أمـــام خالقـــة · فأوان الميراث كمـا هـو واضح

من النص بعد تنفيذ الوصية والدين . فالحكم لايسبق أوانه [1] .

بينما ذهب المالكية [2] الى أن الدين يمنع من انتقال التركة الى الوارث . ذلك أنه لاميراث الا بعد الدين . ومن ثم لامالك للورثة الا بعد أدائه . وذهب الشافعية وتابعهم الجمهور [3] الى أن التركة تنتقل الى الورثة بمجرد الوفاة سواء كانت الديون مستغرقة للتركة أم غير مستغرقة لها . فيكون تعلق هذه الحقوق بالتركة مع ثبوت ملك الورثة كتعلق الدين بالعين المرهونة . فتعتبر التركة كأنها رهن بهذه الديون . وكأن كل وارث قد رهن سهمه في التركة بما يخصه من الدين . ويستند هذا الرأى الى الحديث الشريف " من ترك حقا أو مالا فلورثته " ولكن فى رأينا نرى هذا الذى ذهب اليه أنصار هذا الاتجاه غير صحيح لسببين الأول : أنهم يستندون الى عموم النص دون التفرقة بين ما اذا كان هذا المال أو الحق متعلقا به دين أم لا . والسبب الثانى : أنه عند الحكم على الأشياء فلابد من الرجوع الى النص القرآنى ثم الى السنة . فاذا كان النص القرآنى واضح الدلالة " من بعد وصية يوصى بها أو دين " . ونحن نشايع الرأى الأول لاتساقه مع التحليل القانونى الدقيق . وان كان الفقه المصرى يرجح [4] أن انتقال التركة الى الوارث يتحقق بمجرد الوفاة وهذا ما أكده

---

(١) راجع الأستاذ / على الخفيف ، مدى تعلق الحقوق بالتركة بحث منشور فى مجلة القانون والاقتصاد السنة ١٢ عدد ٢ ، ٣ .

(٢) راجع الأستاذ/ أحمد ابراهيم ، التركة والحقوق المتعلقة بها بحث منشور فى مجلة القانون والاقتصاد السنة ٧ عدد ٣ ص ٣٥٧ .

(٣) راجع الأستاذ/ على الخفيف ، المرجع السابق ص ١٦٤ .

(٤) راجع د/ السنهورى جـ٩ ص٢٢٨ فقرة ١٣٠ ، د/الصده ، فقرة ٤٨٨ ، محمد على عرفة جـ٢ فقرة ٣١٩ ، لبيب شنب فقرة ٥١ .

المشرع فى المـادة الأولى من القانون ٧٧ لسنة ١٩٤٣ التى نصت علـــى أن " يستحق الارث بموت المورث أو باعتباره ميتا بحكم القاضى " • وهـــذا ما استقر عليه أيضا قضاء محكمة النقض المصرية [(١)] فقضت أن الدين وان كـان مستغرقا للتركة لايمنع انتقالهـا لورثة المدين عند موته • وأن ايراد التركـــة ونتاجهـا يكون حقا خالصا للورثة فلا يتعلق به حق الدائنين وانمـا يتعلـق حقهـم بالأصل فقـط " •

٢ — شـــهر حـــق الارث :

نصت على ذلك المادة ٩ من قانون الشهر العقارى من أنه " يجـب شهر حـق الارث بتسجيل اشهارات الوراثة الشرعية أو الأحكـــام النهائية أو غيرها من السندات المثبته لحق الارث مع قوائم الجرد للتركة اذا اشتملت على حقوق عينيه عقارية " وقد أعفى المشرع فى المـــادة ١٣ من ذات القانون الورثة من رسوم الشهر • وذلك لحثهم علـــى القيام بذلك • وأوقـع جزاء على عدم القيام به أنه لايجوز شهـــر أى تصـرف يصدر من الوارث فى حـق من هذه الحقوق • والمحـــرر الواجب تسجيله هنا هـو السند الذى يثبت حـق الارث • ويكـــون عادة هـو اعلام الوراثة ويطلق عليه فى الناحية العملية الاعـــلام الشرعى • وهـذا لايمنع أن يكـون حكما نهائيا صادرا بثبوت هـــذا

---

(١) راجـع نقض مدنى ١٩٤٤/١٢/٧ مجموعة أحكام النقض جـ ٤ فقرة ١٦٣

الحق على اثر نزاع قام فى شأنه بين الورثة • ولكن من الذى يقوم بتسجيل هذا الحق ؟ فى معظم الأحوال يكون صاحب المصلحة الأولى وهو الوارث نفسه • أو النائب القانونى عنه اذا كان غير ذى أهلية • ويجوز أن يقوم به دائن التركة ليؤشر على هامش التسجيل بحقه • أو المتصرف اليه من الوارث • ليستطيع تسجيل تصرفه • ومما هو جدير بالذكر أن ملكية التركة للوارث ليست رهينه بالقيام بتسجيل هذا الحق والا صارت العقارات الموروثة سائبة فى الفترة التى تمضي بين الوفاة وتسجيل حق الارث • ويقتصر جزاء عدم التسجيل على أن تصرف الوارث فى العقار الذى ورثه بالبيع أو الهبه أو بالرهن لايجوز شهره بالتسجيل أو القيد • وأن هذا الحكم أعنى تسجيل حق الارث يكون واجبا على التركات التى يتوفى أصحابها منذ أول يناير ١٩٤٧ وهو تاريخ نفاذ قانون الشهر العقارى • وقد أكدت محكمة النقض المصرية هذه المبادىء القانونية فى حكم شهر لها فقضت (١)

" أن المشرع لم يجعل شهر حق الارث شرطا لانتقال الحقوق العينية العقارية الى الورثة حتى لاتبقى هذه الحقوق بغير مالك لحين شهر حق الارث • وانما تؤول هذه الحقوق للورثة من وقت الوفاة للمورث • باعتبار أن انتقال الملكية لأعيان التركة بما فيها الحقوق العينية العقارية من المورث الى الوارث أثر يترتب على واقعة الوفاة • واكتفى المشرع فى مقام تحديد الجزاء على عدم شهر هذا الحق بمنع شهر أى تصرف يصدر من الوارث فى أى عقار من عقارات التركة دون منع التصرف ذاته " •

---

(١) راجع نقض مدنى ١٩٦٦/١١/١ مجموعة أحكام النقض السنة ١٧ص١٥٦٩•

٣ ـ حكم تصرف الوارث قبل الوفاء بالديون :

اختلف فقهاء الشريعة الاسلامية فى حكم تصرف الوارث قبل الوفاء بالديون • ويرجع اختلافهم الى تعلق حق الدئنين بها بقدر مايرجع الى اختلافهم فى انتقال التركة الى الوارث بالوفاة أو عدم انتقالها الا بعد الوفاء بالديون •

فذهب رأى من الحنفية الى بقاء التركة فى كل الأحوال على حكم ملك المتوفى حتى يوفى دينه • وبالتالى يعتبر تصرف الوارث فى التركة باطل قبل الوفاء بالديون لأنه صادر عن غير مالك وغير ذى ولاية وليس له مجيز وقت ابرامه • لأن الميت لايستطيع الاجازة سواء كانت التركة مستغرقة بالدين أم غير مستغرقة به • ولايصح التصرف صحيحا بالوفاء بالدين • وذهب الشافعية رغم أنهم يقولون بانتقال التركة ولو كانت مدينه الى الوارث بمجرد الوفاة • الى بطلان التصرف للوارث فى التركة حال قيام الدين • ولا يرفع هذا البطلان أن يتم الوفاء بالدين بعد ابرامه • لأن التركة تنتقل اليه مثقلة بحق الدائنين • فلا يجوز تصرفه لتعلق حق هذا الدائن بها سواء كان دينه محيطا بالتركة أم غير محيط بها • أما المالكية فقد ذهب بعضهم الى بطلان تصرف الوارث فى التركة قبل قضاء الدين • لا تأسيسا على عدم انتقالها الى ملكيته الا بالوفاء به • ولكن استنادا الى النص القرآنى " من بعد وصية يوصى بها أو دين " أى تقدم حق الدائن

طبقا لهذا النص على حق الورثة • ولذلك لايجوز للورثة التصرف ولو كانت التركة غير مستغرقة بالدين وبقى فيها مايكفى للوفاء به • أو قام الوارث بقضاء الدين أو نزل عنه الدائنين فلا يصبح التصرف بهذا النزول أو ذاك القضاء صحيحا • وذهب البعض الآخر على خلاف ماتقدم وهو أن صحة التصرف الصادر من الوارث قبل آداء الدين اذا لم يترتب عليه ضرر للدائنين بأن بقى فى التركة بعده مايفى بالدين أو أذن به الدئنين قبل ابرامه أو نزل عن دينه [1] وذهب الحنابلة فى احدى الر(اتين الى أن تصرف الوارث فى التركة قبل الوفاء بالدين يقع فاسدا لأن الدين يمنع انتقالها اليه • فيكون تصرفه قد صدر عن غير مالك - وذهبوا فى أشهر الرواتين الى صحة تصرفه مادام لم يمس حق الدائنين • لأن التركة تنتقل بالوفاة اليه مستغرقة بالدين • وقد ذهب القضاء الى اجازة تصرف الوارث فى أعيان التركة طالما بقى فيها مايكفى للوفاء بالدين [2] .

وقد جاء فى أسباب هذا القضاء " ان التركة المستغرقة بالدين طبقا للشريعة الغراء لايملكها الوارث ولايملك التصرف فيها • وكل تصرف منه يقع باطلا بالنسبة للدائنين • لأن لهم حق متابعة التركة أما غير المستغرقة فقد أباح الفقهاء للورثة التصرف فى أعيانها • حتى لاتتعطل فى آيديهم ولذلك لايجوز للدائن أن يتعرض لهم فى تصرفاتهم فيها • على أن حق الوارث ليس مطلقا •بل يقف حين لايبقى فى التركة الا مايكفى للوفاء بالديون وكل تصرف زاد عن ذلك فهو باطل " •

---

(١) راجع على الخفيف ، المرجع السابق ص ١٩٩ •

(٢) راجع استئناف مصر ١٩٥٣/٤/٢٣ مجلة المحاماة السنة ١٦ ص ١٦٥ •

المطلب الثانـي

حمايـة دائنـي التـركـة

النظـام الحمائي للدائنين :

لقـد بسط المشرع حمايته لدائني التركة تمكينا لهـم من استيفاء حقوقهم وذلك باحـدى طريقتين • الأولى وهي اتباع القواعد العامـة في قانون المرافعات أي يقـوم الدائن بهد شهـر هـذا الحـق بالتنفيذ على أمـوال التركـة وتتبعهـا في يـد الغـير • وهي مايطلق عليه الاجراءات الفردية لكـل دائـن • والثانية وهي اللجـوء الى نظام التصفية الجماعية أي مباشرة الاجراءات الجماعية على غرار نظام الافلاس عن طريق تعيين مصفى لتعينه التركة • وسوف نعرض فيما يلي لهاتين الطريقتين :

أولا : الاجـراءات الفردية لكـل دائـن :

يرد حق الدائنين على تركة المدين بعد وفاته بعد أن كـان متعلقـا بذمته حـال حياته وله عليها مايشبه الرهن القانوني (١) • فله تتبع أعيـان التركة في يد الغير ولذلك اشترط المشرع حماية للغير الدين يتعاملـون مع الوارث أن يشهر الدائن حقه ليستطيع الاحتجاج به في مواجهتهم • ومن هنـا

---

(١) راجع المستشار السيد خلف قضاء المحاكم الجزئية والابتدائية طبعـة نادي القضاة عام ١٩٩٠ ص ١١٨•

سـوف نعرض لشهر دين التركة (الأثر المترتب على ذلك ثم وضع الدائنين الذى لم يشهر هذا الحق . وحكم التصرف الصادر من الوارث فى منقولات التركة .

١ - شـهر الدين :

يكون شهر الدين بطريق التأشير الهامشى . وذلك بالتأشير بالمحرر الذى يثبت الدين على المورث فى هامش التسجيل الاشهادات أو الأحكام أو السندات التى تثبت حق الارث . ومما يجب الاشارة اليه أن هذا الشهر خاص بالديون العادية أما الدئنين الذى له حق عينى تبعى على عقار للمورث . فليس فى حاجة اليه . اذ يخول له الحق العينى التبعى ميزتى التتبع والتقدم . وذلك دون حاجة الى التأشير بحقه على هامش التسجيل حق الارث . ومن هنا يمكن القول أن شرط الشهر قاصر على الدئنين العاديين للمورث - ويدخل فى عداد الدائنين الموصى له . لأنه يصبح بوفاة الموصى دائنا للتركة. ولما كان شهر الدين يستلزم شهر حق الارث - فقد اعتبر الدائنين ذا الشأن فى تسجيل حق الارث . ويستطيع أن يقوم به اذا تقاعس عنه الوارث ليؤشر بالدين على هامش تسجيله . واذا كان سند الدين مطعونا فيه طعنا جديا . يجوز لكل ذى مصلحة كالوارث أو دائنه الشخصى أو مشتر منه أو دائنين آخر للتركة أن يطلب الى قاضى الأمور المستعجلة محو التأشير به . فاذا اقتنع القاضى بجدية الطعن فى الدين كأن تبين بطلانه أو ثبت له انقضاؤه

آمر بمحو التأشير . ويشهر حكم المحو بالتأشير به على هامش تسجيل حق الارث ليعلم الغير به [١].

الأثر المترتب على شهر الدين :

لقد فرق المشرع بين حالتين هما :

(أ) أثر شهر الدين فى غضون عام من تاريخ شهر حق الارث :

اذا قام الدائن بالتأشير بدينه على هامش التسجيل حق الارث كان حقه على عقارات مدينه نافذا فى مواجهة الخلف الخاص للوارث [٢] وذلك حماية للدائنين من التصرفات التى قد يبادر الوراث الى اجرائها قبل أن يتمكن الدائن من العلم بأفتتاح التركة ومن التأشير بدينه [٣] فيستطيع الدائن من ناحية الاحتجاج بدينه على من تصرف له الوارث فى عقارات التركة . كمشترى العقار منه . ولو سجل التصرف البيع فى هذا الغرض . قبل التأشير بالدين وتتبع العقار فى يده ويباشر عليه اجراءات التنفيذ الجبرى ليستوفى حقه من ثمنه . ويستطيع الدائنين من ناحية أخرى الاحتجاج بدينه على من رتب له الوارث رهنا على عقار موروث . ولو قيد الرهن قبل

---

(١) راجع نقض مدنى ١٩٦٦/١١/١ مجموعة أحكام النقض السنة ١٧ ، ص ١٥٦٩ رقم ٢٢٤ .

(٢) راجع المادة ٢/١٤ من القانون ١١٢ لسنة ١٩٤٦.

(٣) راجع د/ السنهورى جـ٩ فقرة ٣٧ ـ د/ الصدة ،المرجع السابق فقرة ٤٩٦.

التأشير بالدين • فسيستوفى دائن التركة حقه من ثمن العقار المرهون• متقدما في استيفائه على الدائن المرتهن من الوارث • وعلى ذلك يقع على عاتق من يتعامل مع الوارث في عقارات التركة ليطمئن على الحق الذى يكسبه عليها أن ينتظر مضى ستة على تسجيل حق الارث ليعرف من التأشيرات على هامشه ديون التركة التى لأصحابها ميزة التتبع أو التقدم عليه • واذا تعدد دائنوا التركة الذين أشروا بديونهم خلال السنة كانوا سواء في حقهم على عقارات التركة لايتقدم من سبق منهم بالتأشير على الآخرين • ولما كان المشترى من المورث الذى لم يسجل عقده يعتبر دائنا عاديا للتركة لما له من حق المطالبه بنقل ملكية العقار المبيع • وكذلك الموصى له لعقار يعتبر مثل الدائنين كما سبق أن ذكرنا • وفى جملة القول أن الدائنينالدائن العادى أو الموصى له اذا أشر أحدهما بحقه على هامش تسجيل حق الارث فى خلال عام من تاريخ حصوله• كان حقه نافذا فى مواجهة المشترى من الوارث • ولو سجل عقد شرائه قبل هذا التأشير • وتنتقل الملكيه اليه بتسجيل البيع أو الوصيه ولو كان هذا التسجيل لاحقا على تسجيل بيع الوارث (١) .

(ب) — أثر شهر الدين بعد انقضاء عام على شهر حق الارث :—

اذا لم يشهر الدين الا بعد انقضاء سنه على شهر حق الارث بأن أشر الدائنين به على هامش تسجيل حق الارث بعد انقضا هذه المده

---

١ — راجع د/الصده المرجع السابق هامش ٣ ص١٢٠

فلا يحتج بدينه على عقارات التركة الا من تاريخ التأشير به • ويستطيع من ثم الاحتجاج بحقه على الخلف الخاص للوارث الذين شهروا تصرفاتهم بالتسجيل أو بالقيد بعد التأشير بالدين • ويتقدم فى استيفاء حقه على الدائنين المرتهن الذى قيد رهنه بعد هذا التأشير • ولكن الدائن الذى أشر بدينه بعد فوات سنه على تسجيل حق الارث • لايستطيع أن يحتج بحقه فى مواجهة من تلقى من الوارث حقا على عقار التركه وقام بشهر تصرفه بالتسجيل أو بالقيد قبل التأشير بالدين • فلا يكون له أن يتتبع عقارا فى التركة باعه الوارث الى من سجل عقد شرائه قبل التأشير بالدين • ولا أن يتقدم فى استيفاء حقه من عقار التركة على دائن مرتهن له من الوارث قام بقيد رهنه قبل التأشير بالدين • بل يتقدم عليه هذا الدائنين المرتهن فى استيفاء حقه • ويستوى أن يكون شهر التصرف " تسجيل العقد أو قيد الرهن" قد حصل خلال ستة من شهر حق الارث أو بعد فواتها مادام قد أجرى قبل التأشير بالدين فالمفاضلة بين دائنين التركة الذى تأخر فى شهر دينه وبين الخلف الخاص للوارث تقوم على الأسبقية فى انجاز الشهر : يفضل من سبق الآخر الى شهر حقه (١) • وتطبق ذات القاعدة على التنازع بين المشترى للعقار من المورث الذى لم يسجل عقده أو الموصى له • اذا أشر ا بحقهما بعد مضى سنة على تسجيل حق الارث • والمشترى من الوارث • فلا يستطيع أيهما أن يحتج بحقه على هذا الأخير • بحيث تنتقل اليه ملكية العقار المبيع أو الموصى به دونه الا اذا سبقه الى التأشير بحقه أو الى تسجيل عقده

---

١ - راجع د/ السنهورى ج٩ فقرة ٣٨ •

وضع الدائن الذى لم يقم بشهر دينه :ـ

اذا لم يكن الوارث قد شهر حق الارث ، فأنه لايستطيع أن يتصرف فى عقارات التركة تصرفات ناقلة للملكية أو منشئة لحقوق عينية عليها ، اذ لايجوز شهر هذه التصرفات قبل شهر حق الارث ، وتبقى من ثم عقارات التركة ملك الوارث ، مثقلة بديون التركة ، ويكون لدائن التركة رغم عدم شهر دينه أن يستوفى حقه بالتنفيذ عليها ، وتكون مسئوليه الوارث هنا مسئولية عينيه أى فى حدود ما آل اليه من التركة وليست مسئولية شخصيه [1] . أما اذا كان الوارث قام بشهر حق الارث وأغفل الدائن التأشير بدينه على هامش تسجيل حق الارث ، فان تصرفات الوارث فى عقارات التركة بالبيع أو بالرهن تكون نافذة فى مواجهته ، فلا يستطيع أن يتتبع عقارا فى التركة رهنه الوارث على الدائنين المرتهن له ، الذى يكون له ميزة التقدم عليه ، ولكن تظل عقارات التركة باقية فى ملك الوارث محملة بحقة ، ويستطيع أن ينفذ عليها لاستيفائه بالأولوية على دائنى الوارث .

حكم تصرف الوارث فى منقولات التركة :ـ

جميع ما سبق من وجوب شهر الدين على هامش تسجيل حق الارث هى أحكاما خاصة بالعقارات ولاصلة لها بالمنقولات ، اذ المنقولات تخضع لقاعدة

---

١ ـ راجع المستشار السيد خلف قضاء المحاكم الجزئية والابتدائية طبعة نادى القضاه عام ١٩٩٠ ص١١٨ .

الحيازة فى المنقول سند الملكية ، فرغم أن ديون التركة ترد على المنقولات كما ترد على العقارات ، فان تصرف الوارث فى المنقولات وتسليمها للغير وهو حسن النية أى يجهل تعلق حق دائن التركة به ، فان الملكية تكون خالصة له ، ولكن اذا كان المتصرف اليه سيء النية يعلم وقت تسلمه المنقول أنه جزء من التركة التى لم توف ديونها ، يستطيع الدائن أن يتتبع المنقول فى يده ، ويستوفى منه حقه .

ثانيا : الاجراءات الجماعية " تصفية التركة " :-

تعتبر التصفية الجماعية للتركة عن طريق المصفى من أكبر الطرق الباهظة التى تتكلف نفقات عديدة ، ومن ثم فهى لاتناسب سوى التركات الكبيرة التى تثقلها الديون (١) ومن ثم فليس لها الا صفة استثنائية ومن أجل ذلك جعل المشرع اللجوء الى هذه الطريقة متروكا لرغبة المورث وذوى الشأن أولا ثم لتقدير القاضى أخيرا (٢) ، ويقصد بالتصفية الجماعية للتركة كما نظمها المشرع فى المواد من : ٨٧٥ حتى ٩١٤ مدنى ، أن المصفي وحده هو الذى يمثل التركة ، فلا يجوز للدائن اتخاذ أى اجراء الا فى مواجهته ، ولايجوز للوارث أن يتصرف فى مال التركة قبل تصفيتها ، فترتفع بذلك يد الدائن والورثة

---

١ - راجع د/ جمال زكى المرجع السابق ص٢٩٣ .

٢ - راجع مجموعة الأعمال التحضيرية ج٦ ص٢٠١ .

عن التركة • ويمتنع اتخاذ اجراءات فردية حتى تتم التصفية • ومن هنا لابـــد لنا من بيان مفصل عن أحكام هذه التصفية الجماعية التى تحقق المســـاواة الفعلية بين الدائنين على النحو التالـــى :

١ ـ كيفية التصفية الجماعية :

تمر التصفية الجماعية بمراحل أربع هـــى :

المرحلة الأولى : " تعيين مصفى " :

اذا لم يكن المورث قبل وفاته قد عين وصيا للتركة فيجب على القاضـــى أن يقرر هذه التصفية • ولايجوز للوارث أو الدائنين الاعتراض على هذه التصفية• كما يتعين على القاضى تثبيت الوصى الذى عينه المورث ويكون هو المصفى للتركـة ويسرى على الوصى مايسرى على المصفى من أحكام • فيكون لوصى التركة سلطات المصفى وعليه التزاماته • وتتحدد المحكمة المختصه بتثبيت الوصى للتركـــــه أو تعيين المصفى للقواعد العامه فى قانون المرافعات (١) • واذالم يكن الأمـــر كذلك أى لم يقم المورث بتعيين وصى أو مصفى للتركة • فيكون لذوى الشـــأن وهم الورثه والموصى له والدائنون رفع دعوى الى المحكمة المختصه بطلب تعييـــن مصفى للتركة • ويكون للمحكمة سلطة تقديرية فلها أن تجيب الى هذا الطلـــب أو ترفضه وخصوصا اذا ما رأت أن ديون التركة قليلة • وفى حالة تعيين مصفى يكون من بين الورثة بقدر المستطاع • واذا أجمع الورثه على اختيار شخـــص

---

١ ـ راجع د/ السنهورى المرجع السابق ص٣٩٣ •

معين سواء كان وارثا أم غير ذلك فتتقيد المحكمة بهذا الاختيار • ويكون نائبا نيابة قانونية عن الورثة فى مباشرته لأعمال التصفية • ويكون عزل المصفى أو استبداله بناء على طلب ذوى الشأن متى وجدت أسباب تبرر ذلك كما لو ثبت عدم كفائته أو تقصيره أو عدم أمانته - ويجب على قلم كتاب المحكمة أن يقيد يوما بيوم الأوامر الصادرة بتعين المصفين وتثبيت الأوصياء فى السجل الأبجدى المعد لذلك • كما يجب أن يؤشر فى هامش السجل بكل أمر صادر بالعزل أو التنازل أو الاستبدال • وتتضح أهمية هذا القيد فى تحديد الوقت الذى تصبح فيه التصفيه جماعية فيمتنع اتخاذ اجراء فردى ومنذ قيد الأمر بتعيين مصفى التركة يترتب على ذلك نتيجتان :

الأولى :

تغل يد الوارث عن التصرف فى أموال التركة أيا كان نوع التصرف من ناحية وعن استيفاء حقوق التركة مباشرة بقبضها أو بطريق غير مباشر عن طريق المقاصة بدين عليه من ناحية أخرى • وشأن التركة التى تصفى تصفية جماعية هو شأن أموال المفلس التى تصفى تصفية جماعية وشأن المصفى هو شأن السنديك • وكما تغل يد المفلس عن التصرف فى أمواله كذلك تغل يد الورثة عن التصرف فى أموال التركة (١).

الثانية :

لايجوز أن يتخذ الدائنون أى اجراء فردى على التركة ولا أن يستمروا فى أى اجراء اتخذوه الا فى مواجهة المصفى • حين يصبح الاجراء

---

(١) راجع د/ السنهورى ، المرجع السابق فقرة ٣٧٩.

الفردى الذى اتخذه أحدهم اجراء جماعيا • ويجب كذلك وفق كل توزيع فتح ضد المورث ولم تفعل قائمته النهائية من طلب ذلك ذوى الشأن حتى يتم تسوية جميع الديون التركة • وتتحقق على هذا الوجه المساواة الفعلية بين جميع دائنى التركة •(١)

المرحلة الثانية : جرد التركة :

هذه المرحلة وهى مرحلة جرد التركة تستلزم القيام بأعمال معينه قبل الجرد وهى : الأعمال الأولية وادارة التركة • ومن ثم فلابد لنا من بيان هذه الاجراءات السابقة على الجرد والتى تتمثل فى :

(أ) القيام بالأعمال الأولية :

يجب على المصفى أن يتسلم أموال التركة ممن يحوزها اذا كان الوارث أو أحد أقاربه أو المودع لديه أو البنك • ليتولى هو تصفيتها تحت مباشرة القضاء له فى ذلك • وتتحمل التركة جميع نفقات التصفية وعليه سداد نفقات التجهيز والمأتم بما يتناسب مع حالة المتوفى لمن قام بالانفاق • فهذه النفقات مقدمة على جميع ديون التركة • وعلى المصفى أن يستصدر أمرا من قاضى الأمور الوقتيه بصرف نفقة للورثة الذين كانوا يعالون بطريق مورثهم

---

(١) راجع الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٢٢٧•

فقط دون غيرهم من المعالين من غير الورثة وتخصم هذه النفقة من نصيب كل وارث عند تحديد نصيبه فى الارث .

(ب) **أعمال الادارة اللازمة :**

يجب على المصفى أن يقوم بما هو لازم من أعمال الادارة مثل ايجار العقارات وقبض الأجرة . وحتى المحصول . تحصيل الديون التى حل أجلها . وله أيضا اتخاذ الوسائل التحفظيه على أموال التركة مثل تجديد قيد الرهن . وقطع التقادم . ورفع دعاوى الاستحقاق . وتوقيع الحجز التحفظى على مستأجر لعقار فى التركة اذا تأخر فى دفع الأجرة . ويعتبر المصفى ولو لم يحصل على أجر مسئولا مسئولية الوكيل بأجر . فيلتزم ببذل عناية الرجل المعتاد فى تنفيذ مهمته - وللقاضى أن يطالب المصفى بتقديم حساب عن ادارته فى مواعيد دورية .

(جـ) **جرد التركة :**

على المصفى أن يدعو دائنى التركة ومدينها بالتقادم بحقوقهم أو ديونهم خلال مدة معينه . ثم يقوم بجرد هذه الديون والحقوق . ويكون لكل ذى شأن المنازعة فى هذا الجرد . ويكون هذا التكييف للدائنين والمدينين باحدى طرق ثلاثة هى : الأولى لصق الاعلانات بذلك على باب العمودية فى القرية أو باب مقر الشرطة فى المدينة - والثانية هى لصق هذا الاعلان فى لوحة المحكمة الجزئية التى تقع فى دائرتها أعيان التركة . أو نشر هذا الاعلان فى احدى الصحف اليومية الواسعة

الانتشار . وكـل ما اشترطه المشرع هو أن لاتقل المهلة التـــى تحدد فيه على ثلاثة آشهر من تاريخ نشره أخـر مرة . ثم يقـوم المصفي بعد ذلك بحصـر ما للتركة من حقـوق وما عليها مـن التزامات وفقا لما يصل اليه من بيانات وما تكشف عنه أوراق المـورث وعلى المصفى خلال أربعة أشهر من يوم تعيينه أن يودع قلـم كتاب المحكمة المختصة بنظر التصفية قائمة بهذا الجرد . مع اخطـار ذوى الشأن بهذا الايداع وقد خـول المشرع هـؤلاء حق المنازعـة فى صحـة الجـرد . وترفع بالطرق المعتادة فى قانون المرافعـات الى المحكمة المختصة خـلال الثلاثين يوما التالية للاخطار بايـداع قائمة الجـرد . وعلى المحكمة أن تجرى تحقيقا حـول تلك المنازعة فاذا اتضح لهـا صحة ذلك حكمت بقبول المنازعـة واذا اتضح لها عـدم جدية المنازعة حكمت برفضها . ويجوز الطعن فى هذا الحكـم طبقا للقواعد العامة فى قانون المرافعات .

المرحلة الثالثة : تسوية ديون التركـة :

بعد استقرار المصفى فى اعداد قائمة الجـرد وفوات ميعاد المنازعـة فى صحتها . فيتضح له ما اذا كانت التركة معسرة أو موسرة علـى النحـو التالى :

(أ) التركة المعسـرة :

اذا كانت التركة معسرة سقط الأجـل بهذا الاعسار وحلت الديـون المؤجلـة . ومع ذلك لايجـوز للمصفى أن يوفى دين منها حتى ولـو

لم يقم بشأنه نزاع . ذلك لأن التركة طالما كانت معسرة فـــان دائنيها لن يستطيعوا الحصول على كل حقوقهم . بل سيحصل كل منهم على نسبة من حقه . ولايستطيع المصفى بعد تحديد هذه النسبة الا بعد أن يعرف جميع ديون التركة ثم بعد ذلك تقسم قسمة غرمـــاء .

(ب) **التركة الموسرة :**

يقدم المصفي هنا في حالة يسار التركة بالوفاء بالديون التى لم يقم في شأنها نزاع . ولكن الديون التى ينازع فيها تسوى بعد الفصل فيها نهائيا . ومن المنطقى أن الوفاء يقتصر على الديون الحالة . ذلك أن الديون المؤجلة على خلاف الرأى السائد فى فقة الشريعة الاسلامية لاتحل بموت المدين ويبقى الدين بعد وفاته مؤجلا [1] ولايجوز للدائن أن يطالب المصفى بوفائه الا عند حلول الأجل . ولكن قد تكون هناك مصلحة للورثة فى التعجيل بالوفاء . كما لو كان الدين يغل فوائد فيسارعون الى الوفاء قبل الحلول للأجل للتخلص من هذه الفوائد . فقد أجاز المشرع للمحكمة التى تنظر التصفية بناء على طلب جميع الورثة أن تحكم لحلول الدين المؤجل وتعيين المبلغ الذى يستحقه الدائن مراعية فى ذلك أحكام الوفاء بالقرض

---

(١) راجع د/ محمد على عرفه جـ٢ فقرة ٣٩٤ ،والسنهورى ،الوسيط جـ٩فقرة ٥٠ .

قبل حلول الأجـل [(١)] واذا لم يجمع الورثة على ذلك تولت هـــذه المحكمة أيضا توزيع الديـون المؤجلـة على الورثة وكذلك توزيع أموالهــا عليهم • بحيث يختص كـل وارث من جملة ديون التركة ومن جملـة أموالهـا بما يكـون فى نتيجته معادلا لصافى حصته فى الارث • ويترتب على توزيع الديون على هذا الوجه تجزئة الضمان الذى كـان لهـا على التركة • فبعد أن كانت كـل التركة هـو الجزء الذى وقـع فى نصيب هـذا الوارث ؛

المرحلـة الرابعـة : تسليم آمـوال التركة الباقية وقسمة هـذه الأموال :

بعد تنفيذ التزامـات التركة يؤول مابقى منها الى الورثة كـل بحسب النصـيب الشرعى له • ومـن ثم فهـذه المرحلة تستمل على مايلـى :

(أ) تسليم أمـوال التركة الباقية للورثـة :

فيقوم المصفى بتسليم الورثة باقى الأموال بعد تنفيذ الوصايا والديـون وكافة الالتزامـات • وعلى المحكمة المختصة بنظر التصفية أن تسـلم الوراث الذى يقـدم اعلام وراثة شهادة تقرر حقه فى الارث ومقـدار هـذا الحـق • وتعتبر هـذه الشهادة سند الوارث فى انتقال أمـوال التركـة اليه • ويستطيع كـل وارث شهر حقـه فى الارث عن طريـق

---

(١) راجع نـص المـادة ٥٤٤ مدنى وهى خاصة برد القرض قبل انتهـاء الأجـل •

تسجيل هذه الشهادة • ومع ذلك يجوز للورثة بعد انقضاء المهلة المحددة للمنازعة في صحة الجرد أن يطالبوا بتسليم الأشياء والنقود التي لايحتاج اليها في تصفية التركة متى كانت التركة ظاهرة اليسار • ولكن يجوز للمصفي اذا كان لديه شك في هذا اليسار أن يلزم الورثة بتقديم كفالة تضمن له رد ماسلمه اليهم من الأموال اذا دعت حاجة التصفية اليه • ويستطيع الورثة أن يتصرفوا فيما تسلموه من أموال دون انتظار لشهادة الارث (١)

(ب) قسمة التركة بين الورثة :

بعد انتهاء التصفيه شائعة بين الورثة • يقوم المصفي بتسليم أموال التركة لهم شائعة فيما بينهم ولما كان لكل شريك على الشيوع أن يطلب قسمة المال الشائع الا اذا كان مجبرا على البقاء فيه اتفاقا أو قانونا • فان لكل وارث أن يطلب من المصفي أن يسلمه نصيبه مفرزا • فيتعين على المصفي اذن عند اجراء القسمة بالطريق الفردي • ولكن لاتصبح هذه القسمة نهائية • الا اذا أقرها الورثة بالاجماع • فاذا لم يتم هذا الاجماع كان على المصفي رفع دعوى القسمة القضائية وفي الحالة الأخيرة يتحمل المتقاسمين نفقات هذه الدعوى في الأنصبة التي تؤول اليهم • ويسري على القسمة العادية وخاصة ماتعلق منها بضمان التعرض والاستحقاق والغبن وامتياز المتقاسم (٢) •

---

(١) راجع الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ٢٦٦ •

(٢) راجع نص المادة ٩٠٤ مدني •

المبحث الثانى

الوصيــة

النص التشريعى :

تناول المشرع الوصية كسبب من أسباب كسب الملكية فى المواد من ٩١٥ حتى ٩١٧ مدنى . واستهل هذا التنظيم بأن تسرى على الوصية أحكام الشريعة الاسلامية والقوانين الصادرة فى شأنها . ثم توالى فى بيان أحكام الوصية تباعا . ونظرا لأهمية هذا من الناحية العملية ودقة الأحكام التى تعالج هذا الموضوع لابد لنا من شرح مفصل لأحكام الوصية متضمنا ماهيتها وشهرها وحماية الورثة من الوصايا المستترة . والتصرف الصادر فى مرض الموت . ثم تصرف المورث مع الاحتفاظ بحيازة العين والانتفاع بها مدى حياته . وذلك على مايلى :

أولا : ماهيــة الوصيــة :

لم يتعرض المشرع المصرى لتعريف الوصية فى المادة ٩١٥ مدنى . بل اقتصر على النص على أن تسرى على الوصية أحكام الشريعة الاسلامية والقوانين الصادرة بشأنها . ومما هو جدير بالذكر أن القانون الصادر بتنظيم الوصية الوصية هو القانون ٧١ لسنة ١٩٤٦ وتسرى قواعده على جميع المسلمين وغير المسلمين مثل قانون المواريث باعتبار هذه المسائل موحدة

التطبيق (١) وقد جاء نص المادة الأولى من قانون الوصية ووضع تعريف لها " بأنها تصرف مضاف الى مابعد الموت " فاذا كان الموصى به شيئا معينا عقارا أو منقولا ترتب على الوصية انتقال ملكيته الى الموصى له • واعتبرت لهذا سببا لكسب الملكية ويمكن مع ذلك القول بأن الوصية هى تصرف مضافا الى مابعد الموت بمقتضاه ينقل أو يرتب الموصى على سبيل التبرع حقا ماليا في تركته الى الموصى له (١).

ثانيا : شهر الوصية :

لقد تدارك المشرع القصور التشريعى فى القانون ١٩ لسنة ١٩٢٣ الخاص بنظام التسجيل • فقد كان يقصر التسجيل على العقود الصادرة بين الأحياء • ونص فى المادة ٩ من القانون ١١٤ لسنة ١٩٤٦ على شمول التسجيل كافة التصرفات التى من شأنها انشاء حق من الحقوق العينيه العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله • وقد تناول على هذا النص صراحة الوصية فى صلب النص ابرازا لأهمتها •

وعلى ذلك يجب تسجيل الوصية بعد وفاة الموصى وقبول الموصى له لتنتقل ملكية العقار الموصى به أو ينشأ الحق العينى الأصلي الموصى به على العقار الى الموصى لـه سواء فى علاقته بالورثة أو فى مواجهة الغير • فيبقى العقار الموصى به الى حين التسجيل ملكا للورثة • ولا ينشأ عن الوصية غير المسجلة سوى التزام على التركة بنقل الملكية للعقار الى الموصى له•

---

(١) راجع المادة ٨٦ من مرشد الجيران وقرب د/ الصده ،فقرة ٥٢٧•

ولكن كما سبق القول اذا قام الموسى له بالتأشير على هامش تسجيل الحق الارث فى خلال السنة التالية لذلك التسجيل ، فله أن يحتج بالوصية على المتصرف اليه • ومما هو جدير بذكره فى هذا المقام أن تسجيل الوصية يقوم مقام التأشير الهامشى بها • اذا تم خلال السنة التالية لتسجيل حق الارث • ولكن اذا لم يتم التأشير أو التسجيل على نحو ماسلف فى خلال الميعاد المذكور • فلا يستطيع الموصى له الاحتجاج بالوصية على المتصرف اليه الا اذا أشر بها أو سجلها قبل شهر تصرف هذا الأخير (١).

ثالثا : **حماية الورثة من الوصايا المستترة :**

قد يتحايل المورث على أحكام القانون ويتصرف فى كل أو بعض أعيان التركة • ومن هنا كانت الحماية التشريعية أقوى لهؤلاء الورثة الذين قد لايعلمون بهذه التصرفات • ففى غالب الأحوال تتم فى خفية عنهم • ولذلك اعتبر المشرع التصرفات التى تأخذ حكم الوصية ولاتنفذ الا فى حدود ثلث التركة فى حالتين • الأولى : اذا تم التصرف فى مرض الموت • فقد اعتبره المشرع وصيه مضافة الى مابعد الموت • والثانية: اذا تصرف المورث لأحد ورثته مع احتفاظه بالعين وحقه فى الانتفاع مدى حياته • فهذا التصرف يسرى عليه أيضا حكم الوصية • ونظرا لأهمية هذه المسائل عملا فسوف نعرض لها بشىء من التفصيل على النحو التالى :

---

(١) راجع د/ جمال زكى ، المرجع السابق ص ٣٢٥، هامش ٨"يكفى القيام بأحد الاجرائين فقط " •

(أ) **التصرف الصادر فى مرض المـوت :**

تناول المشرع المصرى هـذا الحكم فى المادة ٩١٦ مدنى التـى جاء نصها " كـل عمل قانونى يصدر من شخص فى مرض الموت ويكون مقصـودا به التبرع • يعتبر مضافا الى مابعد الموت • وتسرى عليه أحكـام الوصيـة أيا كانت التسمية التى تعطى لهذا التصرف • وعلى ورثة من تصـرف أن يثبتـوا أن العمل القانونى قد صدر من مورثهم وهو فى مرض الموت • ولهـم اثبات ذلك بجميع طـرق الاثبات • ولايحتج على الورثة أن التصرف صدر من مورثهم فـى مرض الموت • اعتبـر التصرف الصادر على سـبيل التبرع •مالم يثبـت من صدر لـه التصرف عكس ذلك • كـل هذا مالم توجد أحكـام خاصـة تخالفه • واذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم فى مـرض المـوت• اعتبر التصرف صادر على سبيل التبرع • مـالم يثبت من صدر اليه التصـرف عكس ذلك • كـل هذا مالم توجـد أحكام خاصة تخالفـه " •

يستدل من هذا النص أن التصـرف الصادر من شخص فـى مرض الموت قاصدا منه التبرع يعتبر تصرفا مضافا الى مابعد المـوت • وتسـرى عليه أحكـام الوصية أيا كانت التسمية التى تعطى لهذا التصرف ولاينفـذ من ثم فى مواجهـة الورثة فيما زاد على ثلث التركة • الا اذا أجازوه بعـد وفاة المـورث • ويجب لاخضـاع التصرف لأحكـام الوصية شرطان همـا : أن يصـدر التصرف فى مرض المـوت وأن يكـون المقصود به التبرع • فأمـا عـن الشرط الأول : فيجب أن ينصب التصرف فى مـرض الموت [1] وهـذا

---

(١) راجع مؤلفنا الوجيز فى العقود والمسماه ١٩٩٢ص٣٢١فى تعريف مـرض الموت •

هـو مايتعلق به حـق الوارث • أمـا فى غير مرض الموت فلا حـق للوارث ويجـوز للشخص أن يتصرف فى أمواله كيف يشاء معاوضة أو تبرعا حتـى ولو أدى هـذا التصرف الى حرمـان ورثته أو تعديل أنصبتهم (١) وعلـى ورثة المتصرف أن يثبتـوا أن تصرف مورثهم صـدر منه وهو فى مرض المـوت • ويكـون هذا الاثبات بكافة طـرق الاثبات لأنه ينصب على واقعة مادية (٢) • فاذا كان التصرف يحمـل تاريخا غير ثابت • سابق على مرض الموت •كـان هـذا التاريخ حجـة عليهم الى أن يقيموا الدليل بكافة طرق الاثبـات على عدم صحته • لأنهـم لايعتبرون من الغير بالنسبة لهـذا التاريخ • وان كانـوا يصبحون من الغير لأثر التصرف اذا أثبتوا عدم صحة التاريخ الذى يحمله وصـدوره حقيقة فى مرض الموت • واذا كـان يجوز للورثة أن يثبتوا بكافـة الطرق أن التاريخ المحـرر غـير صحيح بأن قـد حرر بتاريخ سابق علـى مرض الموت فهنا يستند الى قاعدة الاثبات أنـه فى حالة الغش والتحايل علـى القانون يجـوز الاثبات بكافة الطرق • استثناء على قاعدة الاثبات بالكتابة (٣) •

وأمـا عن الشرط الثانى : وهـو أن يكون المقصود بالتصرف التبرع أما اذا كان معاوضة حقيقيـة نفـذ التصرف فى مواجهـة الورثة • فاذا تضمنـت المعاوضة محاباة مثل البيع بأقـل من ثمن المثل كانت المحاباة تبرعـا (٤)

---

(١) راجع نقض ١٩٢٨/١/٢٣ مجموعة أحكام النقض جـ٥ ص ٦٨٦•

(٢) راجع مؤلفنا : قانون الاثبات عام ١٩٩٣ ص ١١٢•

(٣) راجع مؤلفنا قانون الاثبـات عام ١٩٩٣ ص ١١٤•

(٤) راجـع المادة ٤٧٧ مدنى بيع المريض فى مرض الموت •

وكـان موجب القواعد العامـة أن عبء اثبـات أن التصرف تبرعا يكون علـــى عاتق الورثة لكـن المشرع وضع قرينة قانونية تعفى الورثة من هذا العـــبء وأعتبـر أن التصرف الصادر فى مرض المـــوت هو تبرع . ومن ثم يقــــع على عاتق المتصرف اليه ونفى هـذه القرينة القانونية بـأن يقيم الدليل علـى أن التصرف معاوضـــة .

(ب) **تصرف المورث مع الاحتفاظ بحيازة العين والانتفاع بها مدى حياته :**

تناول أيضـا المشـرع فى المادة ٩١٧ مدنى هـذا الحكم ونصت هـذه المادة على أنه " اذا تصرف شخص لأحـد ورثته واحتفظ بأيـــــة طريقة كانت بحيازة العين التى تصرف فيها . وبحقة فى الانتفـــاع بها مـدى حياته اعتبر التصرف مضافا الى مابعد الموت وتســـــرى عليه أحكـام الوصية مالم يقم دليل يخالف ذلك " .

بهذا النص التشريعى أقام المشرع قرينة قانونية على أن التصرف بأيـــة طريقـة كانت مع الاحتفاظ بحيازة العين موضوع التصرف . وبحقـــة فى الانتفاع بها طوال حياته أن التصرف مضاف الى مابعد المـــوت وتسرى عليه من ثم أحكام الوصية مالم يقم دليل آخـر يخالف ذلـــك فالقرينة القانونية على الوصية محصورة فى التصرف للوراث لأن التصـــرف لوارث هـو الذى كان يخفى الوصية . حيث كانت الوصية لـــوراث غير جائزة قبل صـدور القانون ٧١ لسنة ١٩٤٦ . وأن العبرة فـــى تحديد صفة الوارث بوقت وفات المتصرف لابوقت ابرام التصـــرف (١)

(١) راجع المادة ٤٧٧ مدنى بيع المريض فى مرض الموت .

وتقوم القرينة القانونية على احتفاظ المتصرف بحيازة العين التي تصرف فيها وحقه في الانتفاع بها طوال حياته . كأن يرتب لنفسه في البيع لوارثه حق انتفاع عليها أو يستأجر العين مدى حياته ويحصل من المتصرف اليه على مخالصة بالأجرة . ويجب لقيام هذه القرينة أن يتضمن حيازة المتصرف للعين والانتفاع بها مدى حياته بندا في التصرف ذاته أو في ورقة مستقلة عنه مع المتصرف اليه طالما كانت تتضمن هذا الاتفاق .وعلى من يتمسك بهذه القرينة كوارث آخر أو دائن للتركة أو المورث نفسه اذا أراد اعتبار التصرف وصية ليرجع فيها أن يقيم الدليل على احتفاظ المورث بالحيازة وقيام حقه في الانتفاع بها طوال حياته [(١)] ولكن هذه القرينة القانونية ليست قاطعة . فيجوز للمتصرف اليه أن يقيم الدليل على أنه دفع ثمنا ليكون التصرف بيعا أو أن حيازة المتصرف للعين كانت لحسابه هو باعتباره وكيلا عنه [(٢)] ليكون التصرف هبة مستترة ولكن مالم يستطع المتصرف اليه دحض القرينة بقيت قائمة ضده . وتسرى من ثم أحكام الوصية والنص على القرينة القانونية لايمنع من اثبات صورية التصرف وتضمنه لوصية . حيث لاتنطبق هذه القرينة كما لو كان الموصى له ليس وارثا للموصى.وان كان عبء الاثبات يقع على عاتق من يدعيه .وانما يجوز له الاثبات بكافة الطرق. ولو كان أحد الورثة لأنه يعتبر غيرا في هذا التصرف الذى يقصد به المساس بحقه في الارث الذى يستمده من القانون مباشرة لا عن طريق خلافته لمورثة [(٣)]

---

(١) راجع د/عبدالمنعم فرج الصده ،المرجع السابق فقرة ٦٤٧.

(٢) راجع نقض مدنى٢٥/٤/١٩٦١مجموعة أحكام النقض سنة ١٥ص ٦٧٣.

(٣) راجع نقض مدنى ٩/٤/١٩٦٤مجموعة أحكام النقض النسة ١٥ ص ٥٢٥.

الفصل الثالث

كسب الملكية بين الأحياء

الالتصاق ـ العقد ـ الشفعة ـ الحيازة

تمهيد :

تناول المشرع المصرى كسب الملكية بين الأحياء فى المواد اعتبارا من المادة ٩١٨ حتى ٩٨٤ مدنى • وذلك على الترتيب التالى : الالتصاق سواء بالعقار أو المنقول ـ العقد ـ الشفعة ـ الحيازة • ولما كانت هذه الموضوعات هى أهم المسائل العملية • فاننا سوف نوليها بحثا أكثر عمقا • وذلك للاحاطة بكافة أحكامها التفصيلية • حتى نكون قد أدينا الامانة العلمية على بساط البحث العلمى بمجهود متواضع وذلك فى أربعة مباحث على النحو التالى :

المبحث الأول

الالتصاق

تمهيد :

اختلف الفقه فى معالجة الالتصاق كسبب من اسباب كسب الملكية فذهب البعض الى معالجته عند دراسة ملحقات الشيء• باعتبار أن الملكية تمتد الى الملحقات • والالتصاف كذلك • فالملكية لاتشمل فقط الشيء بكل

مايعـد من عناصره الجوهرية • فالقاعدة عند هذا الاتجـاه • أن مالك الأصـل يملك الفرع • (الالتصاق لايؤدى الى انشاء ملكية جديدة • بل يجعلهـا تمتـد الى مايكون قد لحـق العين من زيادات [١] • ولكـن انتهاجا للخطـة التشريعية سوف يتم معالجـة هـذا السبب فى أسباب كسب الملكية متعرضيـن لما هية وشروط الالتصاق ثم لأنواعه كل فى مطلب خاص •

المطلـب الأول

ماهية وشـروط الالتصاق :

لقد تناول المشرع المصرى الالتصاق كسبب من أسباب الملكيـة فى المـواد من ٩١٨ حتى ٩٣١ مدنى الا أنه لم يتعرض لتعريف الالتصـاق والشروط التى يجب توافرها حتى نكون بصدد مايسمى بالالتصاق ويتسنى لنـا معرفة أحكامه التفصيلية • فقـد عرف البعض فى الفقة المصرى [٢] الالتصاق بأنه اندمـاج أو اتحـاد شيئين متميزين أحدهمـا عن الآخـر ومملوكين لمالكيـن مختلفين دون اتفاق بينهمـا على هذا الاندماج • ويترتب عليه أن يصبـح مالك أحـد الشيئين وفقا لقواعد معينه مالكا للشيء الآخـر الذى اندمج فيـه وتعذر فصله عنه • بينما ذهب البعض فى الفقة الفرنسـى [٣] الـى أن

---

(١) راجع د/شفيق شحاته ،الأموال ص٣٣٣،وراجع فى تكييف الالتصاق علـى أنه سببا جديد للمكلية منصور مصطفى ص ٢٨٢•

(٢) راجع د/عبدالفتاح عبدالباقى فقرة ٢١٨ ،محمدعلى عرفه فقرة٢٥ـالسنهـورى الوسيط جـ٩ فقرة ٨٩•

(٣) راجع بلانيول وريبير جـ٣ فقرة ٢٥٦ـبودان جـ٤ فقرة ٣٣٧•

الالتصاق هو الحق الذى يكسب بمقتضاه مالك شئ ملكية كل مايتحد أو يندمج فيه طبيعيا أو صناعيا • ويمكن القول بصفة عامة أن الالتصاق هو واقعة يترتب عليها كسب الملكية (١) ويجب لكى نكون بصدد الالتصاق لابد من توافر الشروط التالية :

١ - أن يكون الشيئان متميزان ماديا عن الأخر • ولذلك لايوجد الالتصاق حيث يجرى على شئ تحسين أو اصلاح • فالاصلاحات والتحسينات وكذلك ثمار الشئ لاتعتبر متميزه عنه • بل هى متولدة منه (٢) •

٢ - أن يكون أحد الشيئين أكبر أهمية من الآخر : فالالتصاق يفترض وجود شئ أصلى وشئ تابع • ولكى تثور الصعوبة فى تحديد أى الشيئين يعتبر أصلا وأيهما يعتبر تابعا • قد يقال أن الأصل هو أكبر الشيئين قيمة • ولكن هذا يتعارض مع اعتبار الأرض دائما هى الأصل والبناء هو التابع ولو زادت قيمته على قيمة الأرض ولذلك من الأصوب القول أن الأصل هو مالا يتصدر وجود الشئ التابع بدونه (٣) •

٣ - أن يتخد الشيئان ماديا بشكل يتعذر معه الفصل بدون تلف : فيجب أن تكون هناك استحالة للفصل بين الشيئين ومن ثم فلا يعتبر

---

(١) راجع د/ جمال زكى ، المرجع السابق ، ص ٣٣٤•

(٢) راجع مارتى ورينو جـ٢ المجلد الثانى فقرة ٤١١ الالتصاق المعول عليه هو الالتصاق بالاندماج وليس بالانتاج •

(٣) راجع د/ البدراوى ، المرجع السابق ص ٤٣ •

التصاقا الكنز الموجود فى باطن الأرض • فهو لمالكه ان تم التعرف عليه والا كانت ملكيته لصاحب الأرض • والعقارات بالتخصيص لاتعتبر التصاقا • لأن الالتصاق يفترض دائما اندماج الشيء التابع الأصلى دائما • سواء تم ذلك بفعل الطبيعة أو بفعل الانسان •

٤ - ألا يكون الشيئان ملكا لشخص واحد :

الالتصاق دائما يفترض اندماج شيئين مملوكين لشخصين مختلفين بدون رضاء أحد المالكين أو كليهما • واذا كان أحد الشيئين لامالك له • كالطمى الذى يضيفه النهر الى الأراض التى يمر بها • كانت أيلولته الى مالك الشيء الآخر ضرورة قانونية (١) • أما اذا كان الشيئان مملوكين لشخصين مختلفين فقد كان يمكن من الناحية التشريعية اعتبارهما مالكين على الشيوع بعد أن صار الشيئان بالاندماج شيئا واحدا • ولكن هذا الوضع لايكون فى أكثر الأحوال ملائما • وبالتالى لامفر من الاعتراف لأحدهما بملكيته فى مقابل تعويض الآخر •

---

(١) راجع د/ جمال زكى ، المرجع السابق ص ٣٣٥•

المطلب الثاني

أنواع الالتصاق

تمهيد :

يقسم البعض (١) في الفقة الالتصاق الى التصاق طبيعي أي الذي يحدث بفعل الطبيعة ولادخل لارادة الانسان به . سواء كان هذا المالك أو غيره . وتلك هي حالة زيادة مساحة الأراضي المجاورة لمجاري المياه نتيجة لما تحمله هذه المياه من طمي يلتصق بتلك الأراضي . والتصاق صناعي وهو مايحدث بفصل الانسان سواء كان هو مالك الأصل أم سواه. ويضيف أنصار هذا الاتجاه أنه يمكن تقسيم الالتصاق من ناحية أخرى الى ثلاثة أنواع :

أولا : التصاق العقار بالعقار وهذه الصورة لاتتحقق الا في صورة الالتصاق الطبيعي الناشيء من فعل المياه .

ثانيا : التصاق المنقول بالعقار وهي احدى صورتي الالتصاق الصناعي . وتكون بالبناء أو الغراس أو باقامة أعمال انشائية على الأرض والمنقول الذي يلتصق هكذا بالعقار يصلح بعد الالتصاق عقارا بطبيعته .

---

(١) راجع د/ البدراوي ص٤٥، د/ السنهوري ج٩ص٢٤٥، هامش ١٠د/محمد كامل مرسي ج٣ بند٤٠ ،د/اسماعيل غانم ج ٢ ص ٧٢ .

ثالثا : التصاق المنقول بالمنقول ، وذلك اذا اتحد منقولان مملوكـان لشخصين مختلفين بدون اتفاق بينهما بشكل يستحيل معه الفصل أو يترتب عليه تلف .

الا أن بعض الفقهاء [1] ذهب الى أن هذا التقسيم لايقوى على التحليل ، لأن التصاق طمى النهر بالأراضي الملاصقة هى حالة التصاق منقول بمنقول لأن هذا الطمى تحمله المياه فلم يعد عقارا بل أصبح منقولا لطبيعته . ولذلك لايوجد سوى صورتين أو نوعين للالتصاق هما : التصاق منقول بعقار ، والتصاق منقول بمنقول ، وهذا هو ماعالجه المشرع . فعالج فى المواد من ٩١٨ حتى ٩٣٠ الالتصاق بالعقار ، ثم فى المادة ٩٣١ الالتصاق بالمنقول ، ومن ثم تأتى خطة البحث فى هذا المطلب الى فرعين يتناول الأول : التصاق المنقول بالعقار ، ويتناول الثانى : التصاق المنقول بالمنقول .

الفرع الأول

التصاق المنقول بالعقار

تمهيد :

سبق أن ذكرنا سلفا أن الالتصاق قد يتخذ احدى صورتين . اما أن يكون التصاقا طبيعيا ، لم تتداخل فيه يد الانسان . وقد يكون التصاقا

(١) راجع د/جمال زكى ، المرجع السابق ص ٣٣٦ .

صناعيا تداخل فيه يد الانسان . ومن ثم تأتي دراستنا متعرضين للالتصاق الطبيعي للعقار . ثم للالتصاق الصناعي للعقار .ثم للالتصاق المنقول بالمنقول كل في غصن خاص به .

الغصن الأول

الالتصاق الطبيعي للعقار

النص التشريعي :

عالج المشرع الالتصاق الطبيعي للعقار في المواد من ٩١٨ : ٩٢١ مدني " فجاء نص الماده ٩١٨ مدني " الأرض التي تتكون من طمي النهر بطريقة تدريجية غير محسوسه تكون ملكا للملاك المجاورين ". ثم جاء نص المادة ٩١٩ مدني " " الأرض التي ينكشف عنها البحر تكون ملكا للدولة ولايجوز التعدي على أرض البحر الا اذا كان ذلك لاعادة حدود الملك الذي طغى عليه البحر " ثم جاء نص المادة ٩٢٠ مدني " ملاك الأراضي الملاصقة للمياه الراكدة كمياه البحيرات والبرك لايملكون ماتنكشف عنه هذه المياه من أراضي . ولاتزول عنهم ملكية ماتطغى عليه هذه المياه " . ثم نصت المادة ٩٢١ مدني " الأراضي التي يحولها النهر من مكانها أو ينكشف عنها والجزائر التي تتكون في مجراه تكون ملكيتها خاضعه لأحكام القوانين الخاصة ".

يتضح من هذه النصوص التشريعية أن عوامل الالتصاق الطبيعية بالعقار تنحصر في ثلاثة صور هي :

أولا : طمـــى النهـــر :

نصت على هذه الصورة المادة ٩١٨ مدنى سالف الإشارة اليها " فالأرض التى تتكـون من طمـى يجلبه النهـر بطريقة تدريجية غير محسوسه تكـــون ملكـا للملاك المجاورين • فيملك صاحب الأرض الملاصقة لضفة النهـر بالالتصاق الأرض التى تتكـون من طمى هـذا النهر • ذلك أن أرض المالك المجـــاورة لساحل النهـر • كما أن عليه غرم هـذا الجوار اذا نقصت أرضه نتيجـــة لجريان المياه • يجب أن يكـون له غنمها اذا أزالت أرضه تدريجيا نتيجـــة للطمـى الذى تجلبه • والطمى يتكون تدريجيا بطريقة غير محسوسة خلال مـدة طويلة ولايمكن أن يلحظ تكون الأرض به ولا أن يوضع على وجه الدقه الحـــد الفاصل بين الأرض وما أضافة على مر الزمـان اليها • أمـــا الأرض التى يحولها النهـر فجأة بقوة فيضانه الى أرض أخرى فليست طميا يكونه النهر تدريجيا يصبح بالتالى ملكا لصاحب الأرض المجاورة بل يعتبر ملكا خاصا للدولة [١] وقـــد ذهب البعض الى أنه يشترط لتطبيق هـذا الحكم الشروط الآتيه : [٢]

١ ـ أن تكـون الزيادة الناشئة من الطمى زيادة تدريجية وتكونت بشـــكل غير محسوس • أو بتعبير أدق أنهـــا نشأت من الترسيب التدريجـــى المتكـون عـام بعد عـام • أما اذا حصلت الزيادة فجأة دفعـــة واحـدة • فلا ينطبق حكم الالتصـــاق [٣] •

---

(١) راجع د/جمال زكـى ، المرجع السابق ص ٣٣٨•

(٢) راجع د/البدراوى ، المرجع السابق ص ٤٦ ـ ٤٨ •

(٣) راجع المادة الثانية من القانون ١٠٠ لسنة ١٩٦٤•

٢ - أن تكون هذه الزيادة قد حصلت بفعل الطبيعة ودون دخل كان هذا اعتداء على مجرى النهر وكانت الزيادة من حق الدولة. أما اذا حصلت الزيادة بتدخل الانسان . كأن يضع المالك على حافة أرضه رؤوسا من الأخشاب أو الأحجار لتجميع الطمى. فهو لايملك هذه الزيادة .

٣ - أن تتصل هذه الزيادة بالأرض : فاذا كانت الأرض منفصلة عن الزيادة بطريق عام مثلا فان الزيادة تكون للدولة ذلك أن أساس التملك هو الالتصاق .

٤ - أن تظهر هذه الزيادة فوق أعلى منسوب لمجرى النهر وقت فيضانه العالى . أما الأراضى التى تظهر تحت هذا المنسوب فهى معتبرة جزءا من مجرى النهر .

فاذا توافرت هذه الشروط أصبح صاحب الأرض الملاصقة لضفة النهر مالكا لهذه الزيادة بقوة القانون ودون أى اجراء آخر . ويمتنع على الغير سواء كان شخصا عاديا أم الدولة ذاتها التعرض له والتعدى على هذه الزيادة . واذا أرادت الدولة توسيع مجرى النهر يجب عليها اتباع اجراءات نزع الملكية . واذا تعدد ملاك الأراضى الملاصقة لضفة النهر تملك كل منهم الجزء الملتصق بأرضه . وتأخذ هذه الزيادة حكم الأراضى . فيرد عليها الرهن والامتياز والتقادم .

ثانيا : طـــرح وأكـــل النهـــر :

يقصـد بطـرح وآكـل النهر مايحدثه النهر فى أوقات الفيضـــان الشديد . فقـد يحـول جزءا من الأرض عن مكانه الى مكـان آخـر فـى نفس الضفة أو فى الضفة المقابلة . وقد ينكشف النهر عن أرض كانت جزءا مـن مجراه . ويغمـر أرضا أخـرى فتتحول مجـراه . وقد يشكل هـذا الطمـى فى وسط النهر جزرا ترتفع أعلى منسوب المياه . فتظهر أرضا فى وسط المـاء الذى يحيطها من جميع الجهـات . وهـذه العطيات جميعها وهى تحويـل الأرض من مكانها والانكشاف عنهـا وتكوين الجـزء تتضمن ظهور أرض جديـدة فى مكـان لم تكـن فيه . وهـذا هو مايسمى بطرح النهر . واختفاء الأرض عن المكـان الذى كانت فيه من قبل يسمى أكـل النهر . وقد ترك المشـرع فى المادة ٩٢١ مدنى تنظيم ملكية الأراضى التى يشتمل عليها طرح النهـر أحكام القوانين الخاصة . وقـد نظم المشرع ملكية هـذه الأراضى والتصرف فيها بالقانـون ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ . وقـد اعتبر المشرع فى هذا القانون أراضـى طرح النهـر " هـى الأراضى الواقعـة بين جسـر نهر النيل وفرعيـة التى يحولها النهر من مكانهـا أو ينكشف عنها والجزائر التى تتكون من مجـراه من الأمـلاك الخاصة للدولة (١) . وأناط المشرع بالهيئة العامـة للاصـلاح الزراعى سلطة تأجير هذه الأراضى أو التصرف فيها طبقا للقانون كيفية الأراضـى الزراعية المملوكة للدولة ملكية خاصة . وجعـل الهيئة المذكـورة نائبة عن الحكومة

---

(١) راجع نص المادتين ٤ ، ٨من القانون ١٠٠ لسنة ١٩٦٤.

فى التعويض النقدى لأكل النهر بما يعادل خمسين مثل الضريبة العقارية المفروضة على الحياض الواقع بها أكل النهر وقت حدوثه • واذا لم تكن هذه الحياض قد ربطت عليها ضريبة وقت حدوث أكل النهر أو تعذرهذا التحديد وقت الأكل على حياض أراضى الجزائر الملاصقة للنيل فى البلدة الواقع زمامها الأكل (١) • ومما هو جدير بالذكر أن أكل النهر كان يعوض من طرح النهر طبقا لأحكام القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٣٢ • وكان هذا أكثر اتفاقا مع العدل وهذا مانصت عليه المادة الثامنة من هذا القانون " يعوض أكل البحر من الطرح الحادث معه أو بعده أو الطرح السابق عليه بشرط ألا يكون قد مضى على تكوين الطرح أكثر من خمس سنوات " (١) •

ثالثا : **الأراضى التى ينكشف عنها البحر والمياه الراكدة والبرك :**

نصت على ذلك المادة ٩١٩ مدنى " الأراضى التى ينكشف عنها البحر تكون ملكا للدولة " ولكن البحر قد يطغى على الأراضى المجاورة لشواطئه يغمرها بالمياه • فلا يترتب على طغيان مياه البحر فقد ملكيتها • بل يظل أصحابها مالكين لها • ولهم أن يعملو لاعادة حدود الملك الذى طغى عليه البحر وفيما عدا هذا لايجوز التعدى على أرض البحر ولا على شواطئه لأنها من الأملاك العامة للدولة • ولا على الأراضى التى ينحسر عنها لأنها من الأملاك الخاصة للدولة • وعلى ذلك فالالتصاق بفعل مياه البحر

---

(١) راجع د/ جمال زكى ، المرجع السابق ص ٣٤١ هامش ٨ •

يكون بانكشاف البحر عن أرض كان قد طغى عليها من قبل • فترجع لصاحبها الذي كان يملكها قبل طغيان البحر عليها • أما اذا انكشف البحر عن أرض لم تكن مملوكة لأحد فان هذه الأرض تكون ملكا للدولة ولايجوز لأحد التعدى عليها • ويسرى ذات الحكم على البحيرات والبرك فالأراضى التى تنكشف عنها المياه الراكده تكون ملكا للدولة لا لملاك الأراضى الملاصقة لها •

الغصن الثانى

الالتصاق الصناعى بالعقار

تمهيد :

عالج المشرع الالتصاق الصناعى بالعقار في المواد من : ٩٢٢ حتى ٩٣٠ مدنى • وبامعان النظر فى هذه النصوص نجد أن المشرع المصرى وضع قرينة مردوجة فى المادة ٩٢٢ / ١ مدنى " كل ماعلى الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى يعتبر عمل صاحب الأرض أقامة على نفقته ويكون مملوكا له " والازدواج هنا يتمثل فى قرينة الملكية " أن مالك الأرض كذلك لكل ماعليها أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى "• وتتمثل أيضا من أن كل " ماعلى الأرض أو تحتها من منشآت من عمل مالك الأرض أقامة على نفقته (١) على أنه هذه القرينة بسيطة يجوز اثبات عكسها • وقد افترض

(١) راجع د/ البدراوى ، المرجع السابق ص ٥٤ •

المشرع صور ثلاث يملك فيها صاحب الأرض المنشآت بالالتصاق سواء كان هو الذى بنى بمواد غيره فى أرضه أو كان البانى أجنبيا قد بنى فى أرضه بمواد مملوكة للأجنبى أو مملوكة لشخص ثالث • وفى جميع الأحوال يجب على صاحب الأرض فى مقابل تملك هذه المنشآت تعويض صاحبها ومن ثم لابد لنا فى التعرض لهذه الصور الثلاث كل على حده •

أولا : اقامة المنشآت بمواد الغير :

النص التشريعى :

نصت المادة ٩٢٣ مدنى على أن " يكون مالكا خالصا لصاحب الأرض مايحدثه فيها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى يقيمها بمواد مملوكة لغيره • اذا لم يكن ممكنا نزع هذه المواد دون أن يلحق هذه المنشآت ضرر جسيم أو كان ممكنا نزعها ولكن لم ترفع الدعوى خلال سنة من اليوم الذى يعلم فيه مالك المواد أنها أندمجت فى هذه المنشآت • فاذا تملك صاحب الأرض المواد كان عليه أن يدفع قيمتها مع التعويض ان كان له وجه أما اذا استرد المواد صاحبها فان نزعها يكون على نفقة صاحب الأرض " •

يتضح من هذا النص سالف الذكر أن المشرع المصرى أقام قرينة بسيطة على ملكية صاحب الأرض لما يقام عليها من بناء أو غراس أو منشآت[1] •

---

(١) راجع د/ البدراوى ، المرجع السابق ص ٥٤ •

وقد أوضح هذا النص حكم هذه الملكية التى يمكن تصورها من خلال هذا العرض التالي من حيث شروط تطبيق هذا الحكم • ثم حكم الالتصاق الوارد فى هذا النص بالنسبة لاسترداد الغير المواد أو الأدوات •

١٠ - شروط تطبيق أحكام الملكية بالالتصاق :

أولا : أن تكون ملكية الأدوات للغير :

واضح من صياغة هذا النص " أن يقيمها بمواد مملوكة لغيره ، أنه يشترط أن تكون الأدوات وهى من المنقولات يكون قد اكتسبها البانى رغم أنها مملوكة للغير طبقا لقاعدة الحيازة فى المنقول بند الملكية• فأساس الملك التملك هنا يكون طبقا لقاعدة الحيازة وليس الالتصاق ولايتصور تطبيق هذا النص أى الالتصاق الا اذا كان البانى سيء النيه أو لعدم توافر السبب الصحيح أو لأن المنقولات التى بنى بها كانت مسروقة أو ضائعة •

ثانيا : أن تتحد الأدوات بالأرض فتصبح عقارا بطبيعته • فلا يكفى تخصيصها لخدمة العقار اذا لم تلتصق به [(١)] وانما يجوز لمالك الأدوات استردادها اذا لم تتخذ بالعقار وفقا للقواعد العامة فى استرداد المنقولات •

---

(١) راجع بلانيول وريبير ، الأموال رقم ٢٦٤ •

ثالثا : أن تكون المنقولات أدخلها المالك فى البناء هى مايعتبر عرفا من أدوات المبانى مثل الحديد والأسمنت والطوب والأخشاب . أما اذا كان المالك قد أدخل فى بنائه مالايعتبر من مواد البناء مثل تمثال فانه لاينطبق عليه أحكام التملك بالالتصاق . بل يجب نزع هذا التمثال فى أى وقت ولا يتقيد الغير فى طلب الاسترداد بمدة السنة المشار اليها فى عجز المادة ٩٢٣ مدنى . حتى ولو أحدث النزع ضررا جسيما للبناء . وهذا مالم يكن البانى قد تملك هذه المنقولات طبقا للقاعدة العامة فى تملك المنقول أو بالتقادم الطويل (١)

كيفية استرداد الغير للأدوات :

تناول المشرع هذا الحكم فى نص المادة ١/٩٢٣ مدنى وأورد قيدا زمنيا يجب على الغير المطالبة خلاله باسترداد هذه المهمات أو الأدوات .ومما يجدر ملاحظته أن المشرع فرق بين حالتين :

الحالة الأولى :

وهى امكان نزع هذه الأدوات دون الحاق ضرر جسيم بالمنشآت المقامة من البانى فهنا لايتملك البانى هذه الأدوات بل يكون لصاحبها الحق فى استردادها خلال سنة من اليوم الذى يعلم فيه أنها اندمجت فى هذه المنشآت وهذه المدة هى مدة سقوط . فاذا تمت المطالبة خلال الميعاد الزمنى

---

(١) راجع مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٦ ص ٣٣٠ .

المحدد كما سبق وجب نزع هذه الأدوات أو المهمات على نفقة صاحب الأرض ٠الا أن المشرع وضع قيدا على ذلك هو عدم الحاق ضرر جسيم بالمنشأة المقامة بهذه الأدوات ٠ وتقدير ما اذا كان النزع يلحق ضررا جسيما بالمنشآت متروك للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع و طبقا لظروف كل حالة على حدة ويجوز لصاحب الأدوات المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر نتيجة دمج هذه الأدوات فى ملك البانى ٠ حتى ولو كان حسن النية ونرجح أن أساس المسئولية التقصيرية ٠ ويدخل فى تقدير التعويض الفرق بين قيمة الأدوات قبل دمجها وبعد نزعها (١) ٠

الحالة الثانية : **وهى عدم امكان نزع هذه الأدوات دون الحاق ضرر جسيم بالمنشآت :**

أشار المشرع الى هذا الفرض بأنه اذا لم يمكن نزع هذه الأدوات دون الحاق ضرر جسيم بالمنشآت فهنا يسقط حق صاحب هذه الأدوات فى المطالبة بردها ٠ وهذا مماثل تماما للحكم السابق وهو عدم المطالبة باسترداد هذه الأدوات خلال سنة من تاريخ علمه بالالتصاق ٠ وقصر المشرع حق صاحب هذه الأدوات على مطالبة البانى بقيمة هذه الأدوات مع التعويض ان كان هناك وجه لذلك ٠ ولم يفرق المشرع فى كل الأحكام السابقة بين البانى حسن النيه وسيء النيه ٠ ولكننا نذهب مع البعض (٢) الى القول أنه يجب على قاضي الموضوع مراعاة ذلك فى تقدير التعويض ٠فاذا الزم البانى برد الأدوات

---

(١) راجع د/ السنهورى ، الوسيط ج٩ ص٢٧١٠

(٢) راجع البدراوى ، المرجع السابق ص ٥٦ ٠

ونزعها على نفقته كان لصاحب الأدوات مطالبة البانى سىء النيه بتعويض عما أصابه من أضرار بسبب حرمانه من هذه الآدوات . وكذلك الأمر اذا كان البانى سىء النيه وتملك الأدوات حسب ماتقدم بالالتصاق فيلزم الباقي بدفع قيمة هذه الأدوات بالاضافة الى التعويض عما أصاب صاحبها من ضررا ومافاته من كسب وذلك طبقا للقواعد العامة . والتعويض فى الحالتين يزيد بطبيعة الحال عما يقضى به فى حالة حسن النيه . هذا ويجيز البعض فى الفقة الفرنسى (١) أنه يجوز لمالك هذه المواد والأدوات استردادها اذا انهدم البناء وأسس صاحب هذا الاتجاه ذلك على أن صاحب هذه المواد قد تعطل حقه عليها بالاندماج ولكنه لم ينقضى بعد . وله من ثم هذا الاسترداد بعد انفصالها عن الأرض . ولكننا لانميل الى الأخذ بهذا الاتجاه لأنه لايتفق وأحكام الالتصاق التى توجب انتقال ملكية المواد بمجرد الاندماج الى صاحب الأرض . ولايمكن تبعا لهذا أن يفقد ملكيته لها الا بأحد الأسباب القانونية . فلا يجوز لمن فقد ملكية هذه المواد أو الأدوات أن يستردها رغما عن صاحب الأرض . كما لايجوز لهذا الأخير أن يردها اليه رغما عنه .

ثانيا : اقامة المنشآت على أرض الغير :

النص التشريعى :

تناول المشرع هذا الحكم فى المادة ٩٢٤ مدنى التى نصت على " اذا أقام شخص بمواد من عنده منشآت على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره

---

(١) راجع أوبرى ورو جـ٢ ص٢٠٤ مشار اليه فى د/جمال زكى ، المرجع السابق ص٣٤٨ هامش ١٢ .

دون رضاء صاحب الأرض كان لهذا أن يطلب ازالة المنشآت على نفقة من أقامها مع التعويض إن كان له وجه • وذلك في ميعاد سنة من اليوم الذى يعلم فيه باقامة المنشآت أو أن يطلب استبقاء المنشآت مقابل دفع قيمتها مستحقة الازالة أو دفع مبلغ يساوى مازاد فى ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت • ويجوز لمن أقام المنشآت أن يطلب نزعها ان كان لذلك لايلحق الأرض ضررا • الا اذا اختار صاحب الأرض أن يستبقى المنشآت طبقا لأحكام الفقرة السابقة •

ثم جاء نص المادة ٩٢٥ مدنى " اذا كان من أقام المنشآت المشار اليها فى المادة السابقة يعتقد بحسن نية أن له الحق فى اقامتها • فلا يكون لصاحب الأرض أن يطلب الازالة • وانما يخير بين أن يدفع قيمة المواد وأجرة العمل أو أن يدفع مبلغا يساوى مازاد فى ثمن الأرض بسبب المنشآت • هذا مالم يطلب صاحب المنشآت نزعها • الا أنه اذا كانت المنشآت قد بلغت حدا من الجسامة يرهق صاحب الأرض أن يؤدى ماهو مستحق عنها كان له أن يطلب تمليك الأرض لمن أقام المنشآت نظير تعويض عادل " •

يتضح من هذا العرض التشريعى سالف الذكر أن المشرع وضع أحكام اقامة المنشآت بمواد مملوكة للباقى فى أرض الغير • فتصبح هذه المنشآت مملوكه لصاحب الأرض طبقا لأحكام الالتصاق فى مقابل تعويض يدفعه • وخول المشرع صاحب الأرض فى طلب ازالة هذه المنشآت والتعويض عنها مفرقا بين حالة سوء نية البانى وحسن نيته • ومما هو جدير بالذكر أن المشرع استبعد أحكام الالتصاق فى حالتين هما الأولى : حالة المالك الذى يجور على جزء صغير

من أرض جاره عندما يقيم البناء ولما كانت هذه الأحكام وردت مجملة فلا بد لها من تفصيل سوف نعرضه على النحو التالي :-

١ - اقامة الباني منشآت على أرض الغير مع علمه بذلك :-"سوء نية الباني"

لم يذكر المشرع النص صراحة على سوء النية وانما بالرجوع الى نص المادة ٩٢٤ مدني نجد أنه نص على " من أقام بمواد من عنده منشآت على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضاء صاحب الأرض " ومن ثم اذا كان الباني سيء النيه يعلم أنه يقيم المنشآت على أرض مملوكة للغير دون رضاء صاحبها • جاز لهذا الأخير طلب ازالة هذه المنشآت من اليوم الذى يعلم فيه باقامة هذه المنشآت على نفقة الباني مع التعويض ان كان هناك موجب لذلك • وله أيضا استبقاء هذه المنشآت على نفقة الباني مقابل دفع قيمتها مستحقة الازالة أو دفع مبلغ يساوى مازاد في ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت• وصاحب الأرض مكلف باثبات سوء نية الباني • لأن الأصل هو حسن النيه• بالوقت الذى يعتد به في سوء النيه هو وقت اقامة هذه المنشآت لاوقت حيازة الأرض أو دفع الدعوى [(١)] • والمالك في استعماله حقه في طلب الازالة لايتعرض لمسئولية ما [(٢)] • بل ان له الحق في طلب الازالة دون أن يلزم باثبات أن البناء على أرضه قد أضر به • ومالك الارض في

١- راجع د/ محمد كامل مرسى المرجع السابق جـ٣ فقرة ٨٦ •

٢ - راجع د/ البدراوى المرجع السابق ص٦٣ •

هذه الحالة يستعمل رخصة أعطاها القانون اياه ناشئة عن حق الملكية • فالبناء على أرضه هو اعتداء من قبل الغير على ملكه يحق له رد هذا الاعتداء دون مبرر لطلبه • وهذا هو الحق الطبيعى الأول له • غير أن المشرع وضع قيــــدا زمنيا على طلب صاحب الارض فى طلب الازالة فى المادة ٩٢٤ /١ مدنى سالــف الذكر هو المطالبه بالازالة فى ميعاد سنه من اليوم الذى يعلم فيه باقامة هــذه المنشآت • واذا مضت مدة السنة المشار اليها دون طلب الازالة من صاحـــب الارض فان البانى يتملك هذه المنشآت بالالتصاق ولكنه يلتزم بالتعويض على مــا سوف تعرض له لاحقا • ولكن يثور التساؤل كيف يمكن طلب الازالة وهــل يتم ذلك بأى طريق أم لابد من رفع دعوى بذلك

أجاب على هذا التساؤل استاذنا الدكتور/البدراوى بأن نص المادة ٩٢٤/ ١ مدنى لم يتحدث عن رفع الدعوى كما فعل المشرع فى المادة ٩٢٣ مدنـــى الخاص باسترداد الأدوات والمهمات فى خلال سنه • الأمر الذى لايفهم منه أنــه لابد لطلب الازالة من رفع دعوى بذلك • ويرى سيادته أنه يكفي ابداء الرغبــة بذلك بأى شكل (١) ولكننا لانشاطر سيادته هذا الرأى • فرغم عدم النـــص على رفع دعوى بطلب الازالة فان الواقع العملى أكد أنه لايمكن طلب الازالـــة الا بطريق الدعوى وخصوصا أن البانى هنا يعتبر سىء النية • فعندما يكـــون هناك حكم نهائى بالازالة فيخضع البانى سىء النيه الى تنفيذ هذا الحكم • والا يتم جبره على ذلك •ويجوز لمالك الأرض طلب استبقاء هذه المنشآت المقامـــة

---

١ ـ راجع د/ البدراوى المرجع السابق ص٦٢ هامش ١ •

على أرضه وعندئذ يتملكها بالالتصاق ولكنه يدفع تعويضا للبانى • وقد أورد المشرع حكم التعويض هنا فى المادة ١/٩٢٤ مدنى وهو أقل القيمتين • قيمتها مستحقه الازالة أى يدفع قيمة الانقاض مخصوما منها مصاريف الهدم أو قيمة مازاد فى ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت • وتقدر القيمة بمعرفة أهل الخبرة عند اللزوم والغالب أن يقوم مالك الارض بدفع قيمة المنشآت مستحقة الازالة • لأنها تكون أقل من قيمة الزيادة فى ثمن الارض بسببها (١) ومن هنا نستطيع القول أن المالك لايكسب ملكية هذه المنشآت الا اذا طلب استبقاءها فى خلال سنه من يوم علمه باقامتها أو مضى سنه على ذلك وعدم طلب الازالة (٢) •

٢ ـ اقامة البانى منشآت على أرض الغير دون علمه بذلك : " حسن نية البانى "

أشار المشرع المصرى صراحة النص على حسن النية فى المادة ٩٢٥مدنى " اذا كان من أقام المنشآت المشار اليها فى المادة السابقة يعتقد بحسن نية أن له الحق فى اقامتها " • وعلى مايبين من الأعمال التحضيرية أن البانى يكون حسن النية اذا كان يعتقد أن الأرض مملوكة له أو اذا كان يعتقد أن له الحق فى اقامة هذه المبانى أو يجهل أنه يبنى دون اذن صاحب الأرض (٣) • هذا هو حسن النيه المقصود هنا ولاضرورة لوجود السبب الصحيح

---

١ ـ راجع د/ الصده المرجع السابق فقره ٢٦١•

٢ـ راجع د/السنهورى جـ٩ فقره ١٠٣ "ومع ذلك يرى أن ملكية صاحب الارض للمنشآت معلقه على شرط واقف هو ألا تنزع هذه المنشآت من الأرض لابناء على طلبه خلال السنه لابناء على طلب صاحبها واستجابته لطلبه فاذا تحقق الشرط الواقف ولم تنزع المنشآت من الأرض أصبحت الملكية بالالتصاق •

٣ ـ راجع الأعمال التحضيرية جـ٦ ص٢٢٢ •

لأن حسن النيه يتصور وجودة دون وجود السبب الصحيح . فهو بالتأكيد عنصر من عناصر حسن النيه [١] والوقت الذى يجب الاعتداد به فى حسن النيه هو وقت البناء . ولايغير حسن نية البانى علمه فيما بعد أن ليس له الحق فى اقامة هذا البناء . فاذا كان البانى حسن النيه على هذا النحو فانه لايكون لصاحب الأرض طلب ازالة هذه المنشآت تأثرا باعتبارات العدالة التى توجب رعاية حسن النيه [٢] . ولكن يجوز لصاحب المنشآت أن يطلب نزعها اذا رأى له مصلحة فيه . كأن كان نزعها لايلحق ضررا كبيرا وكانت قيمتها لارتفاع طارىء فى الاسعار أكبر من التعويض الذى له الحق فيه . وان كان عليه أن يعيد على نفقته الأرض الى ماكانت عليه أو تعويض المالك عن الأضرار التى لحقته نتيجة نزع المنشآت . ولايستطيع صاحب الأرض أن يعطل حقه فى نزع منشآته باختيار استبقاء ها فى الأرض على خلاف ماهو وارد فى حالة سوء النية ولكن يجب القول أن حق صاحب المنشآت فى نزعها مشروط بعدم الاضرار بالأرض [٣] . فاذا لم يطلب البانى ازالة هذه المنشأت . فان صاحب الأرض يكسب ملكيتها بالالتصاق والتزم بتعويض صاحبها . وهذا التعويض وفق ماورد فى المادة ٩٢٥ مدنى يكون اما بدفع قيمة المواد وأجرة العمل واما بدفع مبلغ يساوى مازاد فى ثمن الأرض بسبب تلك المنشآت وهذا خيار لصاحب الأرض وهو يتفق كما ذهب أستاذنا الجليل الدكتور / جمال زكى مع المبادىء العامة فى

---

١ ـ راجع د/ البدراوى المرجع السابق ص٦١ .

٢ ـ راجع د/ الصدة المرجع السابق فقرة ٢٦٢ .

٣ ـ راجع د/ جمال زكى المرجع السابق ص٣٥٢ .

الاثراء بلا سبب لأن قيمة المواد وأجرة العمل تمثل افتقار صاحب المنشآت وهو الدائن ٠ وما زاد فى ثمن الأرض بسببها يمثل اثراء المالك وهو المدين الذى يلتزم بدفع أقل القيمتين ٠ وتقدر قيمة الزيادة فى ثمن الأرض وقت استرداد المالك لأرضه ٠ وليس وقت اقامة المنشآت ٠

وقد أتى المشرع بحكم عادل فى نص الماده ٩٢٥ مدنى " اذا كانت المنشآت قد بلغت حدا من الجسامة يرهق صاحب الأرض أن يؤدى ماهو مستحق عنها " وهو أنه يجوز لصاحب الأرض تمليكها الى الباقى نظير تعويض عادل ٠ والعبرة فى تقدير هذا الحق ليس بقيمة المنشآت وزيادتها على قيمة الأرض ٠ بل بالقدرة المالية لصاحب الأرض (١) ٠ ويتملك الباقى هنا هذه الأرض بنص القانون وليس طبقا لاحكام الالتصاق ٠ وهذا يفترض كما سبق القول أن البانى حسن النية

٣ - اقتضاء التعويض :-

يلتزم صاحب الأرض بأداء تعويض عن المنشآت اذا اختار استبقاءها فى أرضه عندما يكون من أقامها سىء النية ٠ كما يلتزم بأدائه فى كل الأحوال اذا كان من أقامها حسن النية ٠ ويستحق صاحب الأرض تعويضا ممن أقام المنشآت اذا طلب تمليكها له ٠ وقد يكون التعويض فى هذه الحالات مبلغا كبيرا لايقوى المدين به على دفعه دفعة واحدة ٠ ولذلك تدخل المشرع فى المادة ٩٢٧مدنى ونص على " تسرى أحكام المادة ٩٨٢ مدنيعلى أداء التعويض المنصوص عليه فى

---

١ - راجع د/ جمال زكى المرجع السابق ص٣٥٦ ٠

المواد الثلاث السابقة " . ومن هنا يجب التنوية الى أن المشـــــرع أراد تطبيق المادة ٩٨٢ مدنى الخاصة بالمصروفات الضرورية أو النافعة التى أنفقهـــا الحائز ويكون مدينا بهاله . فمقتضى هذا النص أى المادة ٩٨٢ مدنى أنـــــه يجوز للقاضى بناء على طلب المدين مالك الأرض أو صاحب المنشآت حسب الاحوال أن يقرر مايراه مناسبا للوفاء بهذا التعويض وله على الخصوص أن يكون الوفـــــاء على أقسام دورية مع الزام المدين بتقديم الضمانات اللازمة . وأجاز للمديـــــــن حتى يتخلص من التزامه بتقديم الضمانات قيامة بتعجيل مبلغ يوازى قيمـة هـذه الأقساط مخصوما منها الفوائد بالسعر القانونى الى حين مواعيد الاستحقـــــاق التى حددها القاضى .

ولكن هل يجوز للبانى فى كل الأحوال حبس العقار تحت يده ضمانا لوفـــاء المالك بالتزامه طبقا للمادة ٢٤٦ من القانون المدنى

أجاب على ذلك أستاذنا الدكتور/ البدراوى أن هذا الحكم لاينطبق الا اذا كـان الحائز حسن النيه . ذلك أن الحائز سىء النيه تحصل على الشىء بطريق غير مشروع والمادة ٢٤٦ / ٢ مدنى تستثنى من اعمال قواعد الحق فى الحبـــس حالة مااذا كان الالتزام بالرد ناشئا عن عمل غير مشروع (١) غير أن عمـــوم الفقه المصرى (٢) يرى أنه نظرا لعموم عبارة المادة ٢٤٦ مدنى فان الحـــق فى الحبس يكون لمن أقام المنشآت دون تفرقة بين البانى حسن النيه وســـىء النية . ولكننا نشايع الرأى الأول لاتساقه مع القواعد المنطقية وحتى لانشجـــع على سوء النية ولايكون للبانى امتياز على ما أقامه من منشآت لاقتضاء التعويـض.

---

١ ـ راجع د/ البدراوى المرجع السابق ص٦٦.

٢ ـ راجع د/ السنهورى ج٩ فقرة ١١٠ ومحمد على عرفه ج٢ فقرة ٤٦ ـ الصدة فقرة ٢٧١

لأن الامتياز لايثبت الا بنص القانون . ومجرد حبس الشيء لايعطي للحابس أي امتياز عليه [١].

نطاق تطبيق قواعد الالتصاق من حيث الأشخاص :

تفترض قواعد الالتصاق على النحو السابق أن هناك حائزا للأرض لايملكها قد تكون حسن النية يعتقد أنه المالك لها أو مغتصب يعلم أنه يحوز أرضا لايملكها ويقيم عليها منشآت أو غراس . ثم يرفع المالك دعوى الاستحقاق على هذا الحائز ويسترد منه هذه الأرض طبقا لقواعد الالتصاق . ولكن الفقه الفرنسي [٢] قصر تطبيق أحكام الالتصاق على مايبدو على الغير فقط استنادا الى ظاهر نص المادة ٥٥٥ مدني فرنسي . الا أن القضاء الفرنسي لم يقف عند ذلك الرأي [٣] واعتبر نصوص الالتصاق بمثابة مبادىء عامة تخضع لها علاقة المالك بكل شخص يقيم منشآت على أرضه حتى ولو كان حائزا عرضيا أو مالكا تحت شرط فاسخ . ولايمنع تطبيقها الا الاتفاق على تنظيم تلك العلاقة على وجه مخالف لأحكامه . ونخلص من ذلك الى أن أحكام الالتصاق الواردة في المادتين ٩٢٤ ، ٩٥٢ مدني مصري واجبة التطبيق في جميع الحالات التي يبني فيها شخص على أرض مملوكة للغير مالم يوجد نص في القانون أو اتفاق ينظم العلاقة بين الباني والمالك على نحو آخر [٤]. ومن ثم تنطبق أحكام الالتصاق على الفروض التالية :

---

(١) راجع د/ السنهوري جـ ٩ ص ٣٠٦.

(٢) راجع الأحكام المشار اليها في رينو ومارتي ص١٥١هامش ١ـ بلانيول وريبير جـ٣ص٢٧١هامش ١.

(٣) راجع نقض مدني فرنسي١٥/٦/١٩٩٣داللوز١٩٥٣ص٦٠٣.

(٤) راجع د/ البدراوي ، المرجع السابق ص ٦٧.

١ ـ **اقامة المنشآت بترخيص من مالك الأرض :**

قد يقيم شخص منشآت فى أرض غيره بعد الحصول على ترخيص من صاحب هذه الأرض . وهذا فى واقع الأمر قد يكون عادة بتصريح يبين فى العقد الذى يتم فيما بينهما . ويتصور ذلك فى عقد العاريه أو فى عقد ترتيب حق انتفاع يرخص المعير أو مالك الرقبة للمستعير أو للمنتفع فى اقامة منشآت على أرضه . ويرد بند فى العقد ينظم مصير هذه المنشآت عند انتهاء هذا العقد .فهنا نستبعد تطبيق أحكام الالتصاق لأنها لاتتعلق بالنظام العام . ولكن اذا جاء العقد خلوا من مثل هذا التنظيم . لايجوز لصاحب الأرض بعد أن رخص فى اقامة المنشآت أن يطلب الازالة . بل تظل هذه المنشآت ملكا للباقى فى مقابل تعويض يدفعه . وأساس هذا الحكم النص الوارد فى المادة ٩٢٦ مدنى والخاصة بالبانى حسن النيه والذى أحال فى شأن التعويض الى المادة ٩٢٥ مدنى وهو دفع أقل القيمتين كما سبق القول قيمة المواد وأجر العمل أو قيمة مازاد فى ثمن الأرض بسبب المنشآت على أنه يجوز للبانى اذا أراد ازالة هذه المنشآت من الأرض عليه اعادة الأرض الى ماكانت عليه (١).

---

(١) راجع د/ جمال زكى ، المرجع السابق ص ٣٦٤.

٢ - **بناء المنتفع فى الأرض محل حق الانتفاع :**

اذا أقام البانى منشآت فى الأرض محل حق الانتفاع بتصريح من مالك الرقبة تسرى عليه آحكام المادة ٩٢٦ مدنى • وهى خاصة بالباقى حسن النية • أما اذا أقامها بغير ذلك فتطبق عليه آحكام البانى سىء النيه (١) • ذلك أن حق الانتفاع لايخول له سوى استعمال الشىء بحالته التى تسلمه بها ولايجوز له من ثم أن يغير حالة الأرض المنتفع بها • باقامة منشآت عليها •

٣ - **بناء المالك الذى أبطل أو فسخ سند ملكيته :**

قد يكون مالك الأرض قد تقرر ابطال سند ملكيته أو فسخه • أو كان من أقام المنشآت حائزا للأرض بموجب سند باطل • فاذا كان الأخير فهو لم يكن مالكا لها من الأصل • ولايثور شك فى تطبيق قواعد الالتصاق على ما أقامة منها • ويعتبر فى هذه الحالة حسن النية أو سىء النيه بحسب ما اذا كان يجهل بطلان السند أم كان يعلم به (٢) واذا كان فى الفرض الأول مالكا بموجب سند قابل للابطال • ثم تقرر ابطال هذا السند بعد أن أقام المنشآت وزالت الملكية فهنا تطبق أيضا قواعد الالتصاق ويعتبر المالك هنا أيضا حسن النية أو سىء النيه بحسب ما اذا كان يجهل العيب الذى يشوب سند الملكية أم يعلم به (٣).

(١) راجع د/ محمد كامل مرسى ، المرجع السابق ص٢٢١ فقرة ١١٣ •

(٢) راجع د/ السنهورى جـ٩ فقرة ١٠٧ •

(٣) راجع د/الصدة فقرة ٢٢٩ هامش ٢ •

واذا كان مالكا بموجب سند ثم فسخه عن طريق الحكم بذلك أو كان الفسخ اتفاقيا بعد أن أقام المنشآت فهنا تصبح المنشآت مقامة في ملك الغير نتيجة لتطبيق فكرة الأثر الرجعي للفسخ فتطبق أحكام الالتصاق كذلك • ويعتبر حسن النيه أو سيء النيه بحسب ما اذا كان الفسخ راجعا الى خطأ المتصرف (١) وكذلك الأمر في حالة المالك ملكية معلقة على شرط فاسخ • فيترتب على تحقيق الشرط زوال الملكية لتحقق الشرط بأثر رجعي • فمن أقام المنشآت قبل تحقق الشرط يعتبر أقامها في ملك غيره وتطبق أحكام الالتصاق بحسب ما اذا كان حسن النيه أم سيء النيه •

٤ — **بناء البائع أو المشترى في الأرض المبيعه قبل تسجيل البيع :**

اذا أقام البائع منشآت في الأرض المبيعه قبل تسجيل عقد البيع أجريت على المنشآت قواعد الالتصاق ولو أن البائع كان وقت انشائها مالكا للأرض المبيعه اذ ليس له الحق في اقامتها لالتزامه بتسليم هذه الأرض بالحالة التى كانت عليها وقت البيع • ولذلك يعتبر وقت اقامتها سيء النيه ويكون المشترى بالخيار بين طلب ازالتها على نفقة البائع مع التعويض اذا كان هناك موجب لذلك • أو طلب استبعادها في مقابل دفع قيمتها مستحقة الازالة أو دفع مبلغ يساوى مازاد في ثمن

---

(١) راجع المادة ٤٣٣ مدني •

الأرض بسببها . وقد يقيم المشترى منشآت في الأرض قبل تسجيل البيع فيصبح بذلك مالكا للبناء دون حاجة الى الاستعانة بنظام الالتصاق . أما اذا سبقة مشتر آخر الى تسجيل عقده وخلصت له دون ملكية الأرض المبيعة تعين تطبيق قواعد الالتصاق على المنشآت التى آقامها المشترى الأول الذى يعتبر حسن النيه لأنه وقت اقامتها كان يعتقد أن له الحق فى اقمة هذه المنشآت على الأرض موضوع الشراء . ومن الأصوب هنا تطبيق أحكام الالتصاق فى حالة حسن النيه (١) .

استثناء من آحكام الالتصاق :

عندما ندقق النظر فى أحكام الالتصاق على النحو الذى نظمه المشرع فى المواد اعتبارا من ٩٢٤ حتى ٩٢٩ مدنى نجد أنه استثنى فى المادتيين ٩٢٨ ، ٩٢٩ من أحكام الالتصاق الصناعى بالعقار حالتين هما :

أولا : التعدى على جزء يسير من أرض الجار :

يقصد بذلك حالة تعدى المالك الذى يقيم بناء فوق أرضه على جزء يسير من آرض جاره . بأن تجاوز حدود ملكه فى اقامة بنائه . وامتد هذا البناء الى أرض جاره . فقد ذهب البعض فى الفقة الفرنسى الى تطبيق أحكام الالتصاق بحيث يصبح الجار مالكا لجزء البناء المقام فوق آرضه اذا كان البانى

---

(١) راجع د/ جمال زكى ، المرجع السابق ص ٣٦٦ .

حسن النيه ليقسم البناء بينهما بطريق التصفيه [١] اذا تعذر الاتفاق بشأنه الا أن هذا الاتجاه غير منطقى بالمرة لأنه لاشيوع بين الجارين • فكل منهما يملك جزء البناء الذى يقوم فوق أرضه • وقد رأى البعض الآخر فى الفقه الفرنسى [٢] الى أنه يجوز للجار أن يطلب ازالة جزء البناء الذى شيد فوق أرضه أيا كانت النتيجة ازالته على سلامة البناء سواء كان البانى حسن النيه أم سىء النيه • بينما ذهب البعض فى هذا الفقه [٣] الى تطبيق أحكام الالتصاق مع التفرقة بين البانى حسن النيه وسىء النيه بينما المشرع المصرى فى المادة ٩٢٨ مدنى عالج هذه الحالة بالنص الآتى " اذا كان مالك الأرض وهو يقيم عليها بناء قدجار بحسن النيه على جزء من الأرض الملاصقه • جاز للمحكمة • اذا رأت محلا لذلك أن تجبر صاحب هذه الأرض على أن ينزل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء وذلك فى نظير تطبيق عادل " ويتضح من هذا النص أنه يعالج هذه الحالة أن التعدى الطفيف الذى يقع من البانى على جزء من أرض الجار جاهلا أنه ببنائه يجور على أرض جاره • والحكم للبانى حسن النية هنا يمتلك الجزء المشغول بالبناء فى مقابل تعويض عادل أمره متروك لقاضى الموضوع يقضى به اذا رأى من ظروف الدعوى مايبرره [٤].

---

(١) راجع ديمولومب ج ٩ فقرة ٦٩١ مكرر ثالثا •

(٢) راجع ريبير وبولانجيه ج ١ فقرة ٢٩٧٨•

(٣) راجع مارتى ورينو ، الأحكام المشار اليها فى ص١٤٩ هامش ٧•

(٤) راجع د/ السنهورى ج ٩ فقرة ١١٧•-

ثانيا : **المنشآت الصغيرة المؤقتـه :**

مقتضى قواعد الالتصاق أن صاحب الأرض يمتلك مايقام عليها من منشآت سواء كانت كبيرة أو صغيرة ٠ قصد بها الدوام أم التأقيت متى اندمجت فى الأرض ٠ ولكن المشرع فى المادة ٩٢٩ مدنى استثنى من ذلك حالة اقامة المنشآت الصغيره كالأكشاك والحوانيت والمأوى التى تقام على أرض الغير دون أن يكون مقصودا بقاؤهـا على الدوام تكون ملكا لمن أقامها " ٠ ومن ثم لاتخضع هـذه المنشآت المؤقته لأحكـام الالتصاق ويترتب على هذا الاستثناء أنه يجوز لمالك الأرض أن يطلب ازالتها حتي ولو كان البانى حسن النية مع التعويض ان كـان له وجه ٠ كما يجـوز للبانى نزع هـذه المنشآت حتى ولو كان سيء النية بشرط اعادة الأرض ٠ دون ضـرر لمالكهـا والا وجـب عليه تعويض هـذا الضرر ان وجـد وذلك طبقا لأحكـام المسئولية التقصيرية (١) ٠

حالات خاصة تخـرج عن نطاق الالتصاق :

لما كان ماسبق ذكره يشكل مبادىء عامة فى الالتصاق ٠ فان هنـاك العديد من الحالات التى وضع لهـا المشرع قواعد خاصة تخرج من دراسة حـق الملكية ٠ وحالات أخـرى تخرج عن نطاق الالتصاق ومن ثم يجب عرضها سريعا دون تفصيل على النحـو التالى :

---

(١) راجع د/ جمـال زكـى ص ٣٦٣ ٠

أولا : حالات لها قواعد خاصة :

١ ـ بناء المستأجر في العين المؤجرة .

٢ ـ بناء المشترى في العقار المشفوع فيه .

٣ ـ بناء المحتكر في الأرض المحكورة .

ثانيا : حالات تخرج عن نطاق أحكام الالتصاق :

لاتطبق أحكام الالتصاق على مايلى :

١ ـ المنشآت المقامة من أحد الشركاء على الشيوع قبل القسمة : فهنا تطبق أحكام الشيوع التى تقضى بأن هذه الأعمال تخرج عن أعمال الادارة المعتادة . ومن ثم لابد من موافقة الشركاء الذين يملكون ثلاثة أرباع الأرض الشائعة . والا يجوز للشركاء هدم هذه المنشآت مع التعويض ان كان له وجه . أما اذا وافق أقرت الأغلبية هذه المنشآت أو وافقت عليه . التزم جميع الشركاء بنسبة حصة كل منهم في المساهمة في تكاليف هذه المنشآت (١) .

٢ ـ الفضولى الذى يقيم منشآت في أرض لرب العمل يجب تطبيق أحكام الفضالة في شأنها .

٣ ـ الوكيل الذى يقيم منشآت في أرض الموكل تنفيذ لعقد الوكالة فيعين أعمال عقد الوكالة . واذا خرج عن العقد يجب اعمال القواعد

(١) راجع د/ محمد كامل مرسى ص ١١٨ .

العامة . فتطبق قواعد الفضالة اذا توافرت شروطها أو الزام الوكيل بازالة ما أقامة مع التعويض ان كان له وجه . أو تعويض الوكيل عنه اذا أختار الموكل بقاءة طبقا لقواعد الاثراء بلا سبب (١).

ثالثا : البناء على أرض الغير بمواد مملوكة للغير

النص التشريعي :

نصت المادة ٩٣٠ مدنى " اذا أقام أجنبى منشآت بمواد مملوكة للغير . فليس لمالك المواد أن يطلب استردادها . وانما يكون له الرجوع بالتعويض على هذا الأجنبى . كما له أن يرجع على مالك الأرض بما لايزيد على ماهو باقى فى ذمته من قيمة تلك المنشآت".

واجه المشرع فرضا يكاد أن يكون نادر الحدوث فى الناحية العملية فى هذا النص وهو أن يقيم شخص منشآت بمواد مملوكة لغيره فى أرض يملكها الغير أيضا . ونظم المشرع علاقة البانى بصاحب الأرض ثم علاقته بصاحب المواد . فأما عن الأول فيعتبر البانى بانيا فى ملك الغير وتخضع هذ العلاقة لأحكام الالتصاق فى صورته الثانية مع التفرقة بين البانى حسن النيه وسيء النيه على نحو ماسبق أن أوضحنا ذلك تفصيلا . وأما عن العلاقة الثانية وهى علاقته بصاحب المواد . فيستطيع صاحب المواد استردادها اذا لم يمتلكها صاحب الأرض بالالتصاق . لأن البانى كان سىء

---

(١) راجع د/ الصدة ص ٤٠٠ والمادة ١٨٨ مدنى .

النيه فأجبر على نزعها من الأرض . أو كان حسن النيه واختار أن ينزعها من الأرض فضلا عن حق صاحب المواد فى التعويض ان كان له وجه. واذا كانت المواد قد أصبحت ملكا لصاحب الأرض بالالتصاق فلا يستطيع صاحب المواد استردادها . وانما يجوز له الرجوع على البانى بقيمتها والتعويض عن الأضرار التى لحقته من جراء فقدها . هذا وقد قرر المشرع لصاحب المواد قبل مالك الأرض دعوى مباشرة فى نص المادة ٩٣٠مدنى فله أن يرجع على مالك الأرض بما لايزيد على ماهو باقى فى ذمته من قيمة هذه المنشآت . ومن ثم يجب على صاحب الأرض الامتناع عن دفع التعويض للبانى منذ أن ينذره صاحب المواد بحقه فى التعويض قبل هذا الأخير ويكون وفاؤه به للبانى رغم هذا الانذار غير مبرىء لذمته قبل صاحب المواد الذى يكون له الرجوع عليه . بما هو مستحق له فى حدود الباقى فى ذمته وقت انذاره (١).

الفرع الثانى

التصاق المنقول بالمنقول

النص التشريعى :

نصت المادة ٩٣١ مدنى على هذه الصورة من صور الالتصاق على أنه " اذا التصق منقولان لمالكين مختلفين بحيث لايمكن فصلهما دون تلف ولم يكن هناك اتفاق بين المالكين فقضت المحكمة فى الأمر مسترشدة بقواعد

---

(١) راجع د/ محمد على عرفه ، المرجع السابق فقرة ٦٥.

العدالة ومراعية فى ذلك الضرر الذى حدث وحالة الطرفين وحسن نيـــة كـل منهمـا " ٠

لقد قلت أهمية التصاق المنقول بالمنقول فى الوقت الحالى وذلــك نتيجة لقاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية ٠ التى تجعل الحائز للمنقــول مالكا له دون حاجة الى التمسك بقواعد الالتصاق [١] ومن أجـل هذا نجـد أن المشرع المصرى لم يتعرض لهـذه الصورة من صور الالتصاق الا فى هـــذه المادة فقـط ٠ وبامعـان النظـر فى هذا النص نجد أنه يجب لتحقق التصـاق المنقول بالمنقول أن يكـون المنقولان لمالكين مختلفين ٠ وأن يندمج المنقــولان بحـيث لايمكـن فصلهمـا دون تلف يلحقهما أو يلحق بأحدهمـا ٠ كمـا يجـب ألا يوجـد اتفاق بين المالكين للمنقول يفصل فى ملكيته بعد الالتصاق ؛ ولقد خـول المشرع قاضى الدعـوى سلطة الفصل فى ملكية المنقول واضعـا له توجيهـات يسترشد بها وهـى العدالة التى تملى بأن يصبح الشىء بعـد الالتصاق ملكا لصاحب المنقول الأكبر قيمة [٢] وخصوصا اذا كان التفـــاوت بين قيمة المنقولين كبيرا ٠ أو ملكا لصاحب المنقول الأصلى اذا أمكن التمييـز فى المنقوليين بين ماهو تابع وماهو أصلى ٠ أو يسترشد بالضرر [٣] الذى حدث فأى المالكيـن يصيبه ضرر أكبر بفقد ملكية منقولة هـو الذى يستبقى ملكيـة هـذا المنقول ويتملك المنقول الآخر [٤] ويسترشد بحالة الطرفين فأى المالكيـين

---

(١) راجع د/ محمد على عرفه ، المرجع السابق فقرة ٦٥٠

(٢) راجع د/ الصدة ، المرجع السابق فقرة ٣٧٣ ٠

(٣) راجع د/ البدراوى ، المرجع السابق فقرة ٥٧٠

(٤) راجع د/ السنهورى جـ ٩ فقـرة ١١٢٥٠

أقدر على دفع التعويض يتملك الشيء بعد الالتصاق . ويدفع تعويضا للطرف الآخر . ويسترشد كذلك بحسن النيه كل من الطرفين فأي منهما كان حسن النيه . وكان قادرا على دفع التعويض للطرف الآخر هو الذي يتملك المنقولين بعد التصاقهما على أن يدفع للطرف الآخر التعويض المستحق له . وقد يجعل القاضي المنقوليين ملكا للمالك سيء النيه الذي تعمد خلط أحدهما بالآخر . اذا كان من شأن هذا الخلط أن ينقص من قيمتها . يوجب عليه تعويض المالك حسن النيه عن المنقول الخاص به مراعيا في ذلك قيمة المنقول قبل هذا الخلط (١) . وأخيرا فقد خول المشرع القاضي سلطة أوسع مما سبق وتتفق مع منطق الأمور فاذا لم يجد مرجحا لأحد الطرفين أن يجعل الشيء بعد الالتصاق مملوكا لهما على الشيوع بنسبة قيمة المنقول الذي كان يملكه كل منهما أو يحكم ببيع هذا الشيء وتوزيع ثمنه (٢) .

المبحث الثاني

العقد

النص التشريعي :

تناول المشرع المصري العقد كسبب من أسباب كسب الملكية في المواد من ٩٣٢ حتى ٩٣٤ مدني . ويعتبر العقد من الأسباب التي تنشيء الحقوق العينية الأصلية . وليس المقصود بالعقد هنا عقد البيع

---

(١) راجع د/ السنهوري ، المرجع السابق ص ٢٩٥ .

(٢) راجع د/ عبدالفتاح عبدالباقي ، المرجع السابق فقرة ٢٢٨ .

فقط كسبب منشىء للحقوق العينية الأصلية • ولكن تعتبر عقود المقايضة والهبة والوهبة هى الأخرى تصرفات ناقلة للمكلية [(١)] • وان كان عقد البيع يعتبر هو أهم هذه العقود جميعا نظرا لشيوع تطبيقه فى المجال العملى • وقد أشار المشرع فى هذا التنظيم التشريعى لوقت انتقال الملكية مفرقا بين انتقال الملكية عنه فى العقار • ومن ثم نحيل فى شأن دراسة الأحكام العامة للعقد الى المبادىء العامة فى مصادر الالتزام ويقتصر البحث عنها على ملكية المبيع بين البائع والمشترى على النحو التالى:

أولا : **انتقال الملكية فى المنقولات :**

يختلف انتقال الملكية فى المنقول بحسب ما اذا كان المنقول معينا بذاته أو معينا بنوعه أو مقداره [(٢)] وسوف نعرض لذلك على النحو التالى :

١ - **المنقول المعين بذاته :**

اذا كان المنقول معينا بذاته ومملوكا للبائع • فان الملكية تنتقل من البائع الى المشترى فور ابرام العقد • أى أن عقد البيع ينعقد فورا وينتج أثره وهو انتقال الملكية • ولقد تناول المشرع ذلك بالنص عليه فى المادة ٢٠٤ مدنى " الالتزام بنقل الملكية

---

(١) راجع د/ محمد على عمران ، المرجع السابق ص ٩٠ •

(٢) راجع د/ حمدى عبدالرحمن ، نظرة الحق ١٩٩٢ص١١٩•

أو أي حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق. اذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات يملكه الملتزم " .

ويشترط لأعمال هذا الحكم توافر شروط أربعة [1] هي :

أ - **أن يكون المبيع منقولا :**

والمنقول كما هو مستقر على تعريفه أنه الشيء الذي يمكن نقله من مكان الى آخر دون تلف . ومن البديهي ألا ينطبق هذا الحكم على العقارات لأنها تخضع لنظام التسجيل الوارد في قانون الشهر العقاري والسجل العيني .

ب - **أن يكون هذا المنقول معينا بالذات :**

يقصد بالمنقول المعين بالذات تلك الأشياء التي تتحدد عن طريق صفاتها ومعالمها وخصائصها . وتلك التي تتفاوت في أحادها ولايقوم بعضها مقام البعض عند الوفاء بها . فاذا كان الشيء معينا بنوعة فان ملكيته لاتنتقل الا بالافراز وهذا ماسنعرض له في البند ثانيا عند الحديث عن انتقال الملكية المعينه بنوعها وهذا ماعناه المشرع بالنص عليه في المادة ٩٣٣ مدني . ومع ذلك يذهب البعض في الفقه [2] الى أنه قد يرد المبيع على أشياء مثلية ويترتب

---

(١) راجع د/ محمد على عمران ، المرجع السابق ص ٩١.

(٢) راجع د/ محمد على عمران ، المرجع السابق ص ٩٢.

عليه انتقال الملكية فورا • اذا لم تحدد هذه المثليات لا بنوعها ولا مقدارها ولكنها قد تكون بذاتها وقت ابرام العقد • وهذا هو مايسمى ببيع الجزاف الذى نصت عليه المادة ٤٢٩ مدنى • اذا كان البيع جزافا انتقلت الملكية الى المشترى على النحو الذى تنتقل به فى الشىء المعين بالذات • ويكون البيع جزافا ولو كان تحديد الثمن موقوفا على تقدير المبيع " • ولنضرب مثالا يوضح ذلك أن يبيع شخصا لأخر المحصول الناتج من قطعة أرض معينه • فهنا تنتقل الملكية فور العقد فالقطن من الأشياء المثلية ولم يحدد نوعه أو مقداره ولئن كان معينا بذاته عند التعاقد •

جـ - أن يكون المبيع مملوكا للبائع :

هذا شرط منطقى ومفترض لأنه وارد فى نص المادة ٢٠٤ مدنى " اذا كان محل الالتزام شيئا معينا بذاته يملكه الملتزم • " فلو أن البائع لم يكن مالكا للشىء المبيع فانه لايمكنه نقل ملكيته الى المشترى فور العقد • وعلى حد تعبير أستاذنا الدكتور عمران أن فاقد الشىء لايعطيه (١)

د - ألا يكون هناك اتفاق على ارجاء نقل الملكية :

القاعدة الواردة فى الأحكام السابقة والخاصة بانتقال ملكية المنقول المعين بذاته فى المادة ٢٠٤ مدنى لاتتعلق بالنظام العام • أى يجوز لكل

---

(١) راجع د/ محمد على عمران ، المرجع السابق ص ٩٢ •

من البائع والمشترى الاتفاق على تأخير نقل الملكية فى وقت يتم تحديده فيما بعد • وهذا هو الدارج فى الناحية العملية حيث نجد الكثير من أنواع البيوع كالبيع بالتقسيط مثلا يتم فيه الاتفاق بين البائع والمشترى على تعليق نقل الملكية الى حين سداد كل الأقساط المستحقة • وهذا مايطلق عليه الملكية المعلقة على شرط واقف • وعند تمام الوفاء بالأقساط جميعها تنتقل هذه الملكية منذ تاريخ ابرام العقد طبقا لقاعدة الأثر الرجعى للشرط (١) •

٢ - **المنقول المعين بنوعه :**

أورد المشرع فى المادة ٩٣٣ مدنى هذا الحكم فنص على " أن المنقول الذى لم يعين الا بنوعه لاتنتقل ملكيته الا بافرازه طبقا للمادة ٢٠٥ مدنى " •

يتضح من هذا النص أن المشرع أوجب انتقال الملكية فى المنقول بنوعه عند الافراز • ويقصد بالتعيين بالنوع الذى يتم عادة فى المثليات التى تتشابه فى آحادها • ويحل بعضها محل البعض الآخر فى الوفاء • وعادة تعين المثليات بنوعها ومقدارها (٢)

---

(١) راجع د/ السنهورى جـ ٤ فقرة ٢٤٣•

(٢) راجع مؤلفنا الوجيز فى العقود المسماة "عقد البيع عام٩٩٢•ص٢٢٨"•

أما افراز الشيء هو تجنيبه • وتجنيب المبيع المعين بالنوع يتم بافرازه ومتى تم ذلك انتقلت الملكية على هذا النحو سواء تم التسليم بعد هذا الافراز أو التجنيب أو لم يتسلمه • ويقع عبء افراز الشيء على البائع • واذا امتنع عن ذلك فان المشرع رسم للمشترى طريقا يسلكه وهو الوارد في المادة ٢٠٨ مدنى ومقتضى هذا النص أنه يجوز للمشترى أن يحصل على شيء من نفس النوع على نفقة المدين بعد استئذان القاضي • وله ذلك في حالة الاستعجال ذلك دون اللجوء الى القاضى •

ثانيا : **ثانيا انتقال الملكية فى العقارات :**

نصت على ذلك المادة ٩٣٤ مدنى " فى المواد العقارية لاتنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى سواء كان ذلك فيما بين المتعاقدين أم كان فى حق الغير • الا اذا روعيت الأحكام المبينه فى قانون تنظيم الشهر العقارى •••• الخ النص " •

يتضح من هذا النص أن المشرع وضع قاعدة بالنسبة لملكية العقارات فلا تنتقل الملكية الى المشترى الا بالتسجيل • وقد أشار المشرع الى مراعاة القواعد الواردة فى قانون الشهر العقارى • فقد نصت المادة ٩ من القانون ١١٤ لسنة ١٩٤٦ على أن " جميع التصرفات التى من شأنها انشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغيره أو زواله وكذلك الأحكام النهائية المثبته لشيء من ذلج يجب تسجيلها • ويدخل فى هذه التصرفات الوقف والوصية " فيترتب على عدم تسجيل هذه الحقوق سالفة الذكر

أنها لاتنتقل ولاتتغير ولاتزول لابين أصحاب الشأن ولا بالنسبه لغيرهـــــم. وهـــذا ما أكـــده المشرع أيضا فى المادة ٢٠٦ من قانون السجل العينى . أنـــه لايكـــون لهـــذه التصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصيـــــة بين ذوى الشأن . فاذا كـــان البيع واردا على عقار فان الملكيـــة لاتنتقـــــل سواء بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير الا بالتسجيل (١).

المبحث الثالث

* الشـــــــــفعة

تمهـــــيد :

تناول المشرع المصرى تنظيم الشفعة كسبب من أسباب كســـــــب الملكية فى المـــواد من ٩٣٥ ـــ ٩٤٨ مدنى . فبدأ هـــذا التنظيم التشريعـــى فى المادة ٩٣٥ مدنى بتعريف الشفعة ثم فى المادة ٩٣٦ ثبوت الحق فــــى الأخـــذ بالشفعة ثم فى التزاحم بين الشفعاء فى المادة ٩٣٧ مدنى . ثـــم تناول فى المادة ٩٣٨ مدنى الأخذ بالشفعة من المشترى الثانى . ونــــص علـــى موانـــع الأخــــذ بالشفعة فى المادة ٩٣٩ مدنى . ونظم اجـــــراءات الأخـــــذ بالشفعة فى المـــواد من ٩٤٠ حتى ٩٤٤ مدنى وبعد ثبوت الحـــق فى الأخـــذ بالشفعة نظم الآثار التى تترتب على الأخـــذ بالشفعة فى المـــواد من ٩٤٥ حتى ٩٤٧ مدنى . واختتم التنظيم التشريعى بمسقطات الشـــفعة

---

(١) راجع مؤلفنا الوجيز فى العقود المسماه " عقد البيع عام١٩٩٢ ص ٢٢٨ ".

ومن ثم فقد بات لزاما علينا انتهاج هذا المسلك التشريعى فى المعالجة البحثية لهذا المؤلف • فسوف نعرض فى مطلب الأول : ماهية الشفعة وطبيعتها القانونية ، وفى مطلب ثان : شروط الأخذ بالشفعة ، وفى المطلب الثالث اجراءات الأخذ بالشفعة ، وفى المطلب الرابع : الآثارالتى تترتب على الأخذ بالشفعة • ثم المطلب الخامس : مسقطات الشفعة • وننوه بداية الا أننا سوف نعرض بشيء من التفصيل لهذه الموضوعات الخمسة نظرا لأهميتها من الناحية التطبيقية على النحو التالى :

المطلب الأول

ماهية الشفعة وطبيعتها وخصائصها

النص التشريعى :

نصت المادة ٩٣٥ مدنى على أن الشفعة " رخصة تجيز فى بيع العقار الحلول محل المشترى فى الأحوال وبالشروط المنصوص عليها فى المواد التالية :

ومن هذا النص يتضح أنها رخصة للشفيع أن يطلب الأخذ بها وله أن يتنازل عنها [(١)] وهى تفترض اذن بيع عقار • ويسمى هذا العقار " المشفوع فيه " • يأخذه من يقوم به سببها ويسمى هذا الشخص

---

(١) راجع د/ محمد كامل مرسى ، المرجع السابق ص١٥٠ ، د/محمد على عرفه ص ٤٥٧ ؛ د/عمران ص ٦٦ •

" الشفيع " ويكون مالكا لعقار آخر يسمى " المشفوع به " • بالحلول محل المشتري الذى يسمى " المشفوع فيه " فى العقار الذى أبرمه • وهى تعتبر لذلك سببا لكسب الشفيع ملكية العقار المشفوع فيه [١] ولقد عرفت المادة ٩٥من مرشد الحيران الشفعة " هى حق تملك العقار المبيع أو بعضه ولو جبرا على المشترى بما قام عليه من الثمن والمؤن [٢] " • وتعتبر الشريعة الاسلامية المصدر الذى أخذ عنه المشرع الشفعة • وعلل فقهاء الشريعة الاسلامية أن الحكمة من الأخذ بالشفعة [٣] • هى دفع الضرر عن الشفيع لاتصال ملكه بالعقار المبيع اتصال شركة جوار • فقد يكون الجار ردىء الخلق سىء الطبع والمعاشرة لايرعى لجاره أو شريكه حرمة ولايعرف له حقا • فيكون البعد عنه رحمة وفى الخلاص من شروره نعمة [٤] •

ويفهم من التعريف الأخير أن الشفعة حق • ولكن ذلك يخالف النص التشريعى الوارد فى المادة ٩٣٥ مدنى على أن الشفعة " رخصة " فهى لاتؤدى بذاتها الى تمليك العقار • بل انها تؤدى فقط الى حلول الشفيع محل المشترى قبل البائع • فالشفعة على حد قول الفقهاء الاسلامية وعلى حد تعبير فقهاء القانون أنها رخصة [٥] وأصبحت الشفعة

---

(١) راجع د/ جمال زكى ، المرجر السابق ص ٣٧٧•

(٢) يقصد بالمؤن المصاريف " أتعاب السمسار ومصاريف تحرير العقد ورسم التسجيل " ،د/ على الخفيف ،الشفعة مجلة القانون والاقتصاد السنة ٢٢ص٤٤٥•

(٣) راجع /على الخفيف ،أحكام المعاملات الشرعية ص١٠٩ الطبعة الثانية •

(٤) راجع ابن عابدين ج٥ص١٤٢ "اعلاءالجوار النار ومنع ضوء النهارواثارة الغبار وايقاف الدواب والصغار "•

(٥) راجع د/محمد على عمران ، المرجع السابق ص ٩٧•

نظـرا لاعتبارات تاريخية جزءا من التقاليد القانونية للبلاد [١]. والمشـــــرع فـى أخـذه بنظام الشفعة لوحـظ أن النصوص الخاصة بها [٢] تسودها روح التضييق . وأحيط استعمالهـا بقواعد صارمة ومواعيد قصيرة منعا لحالة عـــدم الاستقرار التى يستهدف لهـا الملاك أثناء قيام نزاع قد يطول آمده وتبـــدو روح التضييق خصوصا فى التوسع فى موانـع الشفعة ومسقطاتهـا من ناحيـــــة الموضوع . وفى الـزام الشفيع بايداع الثمن قبل رفع الدعـوى . وقيد هـــذه الدعـوى فى خـلال ثلاثين يوما من تاريخ اعلان الرغبة هـذا من حيث الاجـراء هـذا ونذهـب مـع أستاذنا الفاضل الدكتور جمـال زكى أنه كان للشفعة فائـدة محققة فى الملكية الشائعة بين عدة ملاك أو فى الملكية المجزأة لحق الانتفـاع أو لحـق الحكـر . حين يترتب عليها منع دخـول أجنبى بين الشركاء أو جمع عناصـر الملكية . فلا تبدو لهـا حكمة ظاهرة فى حالة الجوار . فليس مــن المستساغ بعد أن استدار الزمـن أن يبقى للجار حـق الأخـذ بالشـــفعة فالشفعة قيد خطير على حرية التعاقد وعامل من عوامل عدم الاستقرار فـــى المعاملات العقارية . ولذلك لانرى مجالا لاعمـال شفعة الجوار الا فى حالـــة واحـدة هى أن يكـون للجار حق الارتفاق على عقار جاره . أو يكون علـــى عقار الجـار حق ارتفاق لجـاره [٣]

الطبيعة القانونية للشفعة :

لقـد احتدم الجدال فى أوساط دوائر الفقه حول الطبيعة القانونيـــة للشفعة فمنهم من رأى آنهـا حـق عينى أى القول بعينيه الشفعة استنادا الى

(١) راجع د/ جمال زكى ،المرجع السابق ص ٣٨٤،٠.

(٢) راجع د/ جمال زكى ، المرجع السابق ص ٣٨٥.

(٣) راجع د/ السـنهورى ج ٩ فقـرة ٢٧٧.

أن المحكمة المختصة بنظر دعوى الشفعة هي المحكمة التي يقع في دائرتها العقار المشفوع فيه • ومن ثم يمكن اعتبارها حق عيني من هذه الزاوية • بينما ذهب البعض الآخر الى أنها حق شخصي بغية التوصل الى اعتبارها لصيقة بالشفيع فلا يجوز التنازل عنها أو حوالتها لايجوز لدائنيه استعمالها نيابة عنه عن طريق الدعوى المباشرة • وليس الحق الشخصي هنا هو الحق المقابل للحق العيني • وذهب البعض الآخر [(١)] الى القول أن المشرع لم يعرض للتكييف القانوني للشفعة واكتفى معظم الفقه الى القول بأن الشفعة رخصة وليس حق • فهي سبب من أسباب كسب الملكية ولامعنى للبحث فيما اذا كانت الشفعة حقا عينيا أو شخصيا وذهب جانب آخر أنها صاحب حق قانوني من نوع خاص • وماسمى هذا الحق رخصة الا تمييزا له عن الحق الشخصي والحق العيني • وأبلغ دليل على أن الشفعة حق أن المشرع ذاته استعمل عبارات وصف فيها هذه الرخصة بأنها حق من ذلك ما استعمله المشرع في المادة ٩٣٦ " يثبت الحق في الشفعة ••• " وكذلك نص المادة ٩٤٨ مدني أورد حالات سقوط الحق في الشفعة • ولكننا لانشاطر صاحب هذا الرأى سنده في ذلك لأن المشرع نص صراحة على أن الشفعة رخصة ومن ثم فلا اجتهاد مع مورد النص • وأن هناك فرقا واضحا بين الحق في ذاته وثبوت الحق • فالشفعة تنشيء وضع أو مركز للشفيع لم يوجد من قبل • فاذا حصل البيع واستوفق الاجراءات يثبت الحق للشفيع

---

(١) راجع المستشار عزت حنوره ،بحث مطول في الشفعة ١٩٨٧ طبعة نادي القضاة ص ١٧ ــ ١٩ •

فالحق له كيان مادى وبثبوت الحق مرحلة سابقة عليه فكيف يتسنى الجمع بين ثبوت الحق والحق فى ذاته • واننا نذهب مع الرأى الراجح فقها الى أن الشفعة ليست حقا عينيا ولا حقا شخصيا بل هى وسيلة [٢] أو سبب لكسب الحق العينى الأصلى • وعلى حد تعبير أستاذنا الدكتور محمد على عمران " الشفعة على هذا النحو واقعة مركبة فيها المركز القانونى الذى يجيز الأخذ بالشفعة فهذه الرخصة تخول الشفيع الحق فى تملك العقار المشفوع فيه • وذلك بأن يعبر عن ارادته فى ذلك استنادا الى المركز القانونى الذى وجد فيه •

خصائص الشفعة :

لما كانت الشفعة طريق من طرق كسب الملكية • وكانت رخصة خولها القانون لكل من يزجد فى أحد المراكز القانونية المنصوص عليها فى القانون • من ثم فهى تتسم بعدة خصائص نعرض لها فيما يلى :

١ _ اتصال الشفعة بشخص الشفيع :

لما كانت الشفعة الغرض منها دفع الضرر المحتمل من الشريك أو الجار أو الوقاية منه • فهنا يرجع الأمر الى تقدير وقوع هذا الضرر والوقاية منه الى الشفيع • ولذلك تعتبر متصلة بشخص الشفيع ويترتب على هذه الصفة الشخصية البحته مايلى :

---

(١) راجع د/ جمال زكى ص ٣٨٦ ،د/محمد على عمران ص ٩٧ ، د/ البدراوى ص ١٦١•

أ - لايجوز لدائنى الشفيع أن يستعملوا الشفعة نيابة عنه بالدعوى غير المباشرة . ولاو أدى ذلك الى ضياع صفقة رابحة لأنها ليست حقا وانما هى رخصة والدعوى غير المباشرة قاصرا استعمالها على الحقوق فقط . كما أنه لايجوز للدائن استعمال الحقوق اللصيقة بشخص المدين (١) .

ب - لايجوز للشفيع أن يحيل حقه فى الشفعة الى غيره لأن الشفعة المتصلة بشخصه ومن ثم تتنافى صبيعتها مع جواز الحوالة. شأنها فى ذلك شأن جميع الحقوق المتصلة بشخص الدائن . كما أن الشفعة تتبع العقار المشفوع به لأن سببها يكمن فيه . اذ تجد حكمتها فى رفع مظنة الضرر عن صاحبه ولايمكن من ثم أن تنفصل عنه .

جـ - أما عن انتقال الحق فى الشفعة الى ورثة الشفيع فقد ثار بشأنه خلاف فى الفقة بين قائل بهذا الانتقال ومناهض لذلك يرى انقضاء الحق فى الشفعة بموت الشفيع ولاتنتقل من ثم الى ورثته.وحسمت محكمة النقض المصرية هذا الخلاف فى حكم شهير لها . ومن ثم فقد بات لزاما علينا أن نعرض لهذا الخلاف الفقهى . وحكم محكمة النقض المصرية ورأينا الخاص فى هذا الموضوع .

---

(١) راجع د/ جمال زكى ، المرجع السابق ص ٣٨٧.

فذهب أنصار الفريق المنكر لانتقال الشفعة بالميراث (١) الى أن الشفعـــه ليست سوى رخصة ينتفى عنها وصف الحق أو كما عبر فقهاء الشريعه الاسلاميـــه عنها أنها مشيئة وارادة ٠ وهى بهذه المثابه لاتنتقل الي الورثة ٠ كما أن مــن شروط الشفعة أن يكون الشفيع مالكا حتى الحكم له بالشفعة ولكن الورثـــة لايعتبرون كذلك وقت البيع ٠ ومن ثم ينتفى فى حقهم أحد شروط الأخـــذ بالشفعة ٠ وذهب أحد أنصار هذا الاتجاه (٢) الى أنه متى أقيمت دعـــوى الشفعة انقلبت الرخصة الى حق ٠ فاذا توفى الشفيع قبل مباشرة دعواه سقطت بوفاته ولاتنتقل الى وارثه ٠ أما اذا كان المورث قد رفع الدعوى فقد صـــارت حقا للشفيع وهو حق مالى يورث عنه ٠ ويذهب السنهورى الى أن الشفيـــع قبل ابداء رغبته فى الأخذ بالشفعة لايكون صاحب حق ٠ بل مجرد صاحـــب رخصة لايرد عليها الارث ٠ اما اذا أعلن رغبته فان عناصر كسب الملكية تكتمـل له ويحل بهذا الاعلان محل المشترى فى الصفقة ٠ فاذا مات الشفيع بعـــد ذلك انتقل حقه هذا الى ورثته (٣) ٠ فالشفعة بعد بيع العقار المشفـــوع فيه وقبل حلوله محل المشترى لم يثبت له حق فى العقار المشفوع فيه٠ هى منزلة وسطى بين الحق والرخصه ٠ بينما ذهب أنصار اجازه انتقال الشفعـــة بالميراث (٤) الى أن أساس توارث الشفعة تكمن فى أن الشفعة تنتقـــل

---

١ ـ راجع محمد على عرفه بند ٣٦٠ـ البدراوى بند ٤٢٢ ـ حسن كيره ص٢٥ ـ عبد الفتاح عبد الباقى بند ٢٦٠

٢ ـ راجع اسماعيل غانم المرجع السابق ص٢١٢ ٠

٣ ـ راجع السنهورى الوسيط ج٩ ص٤٦٧ ٠

٤ـ راجع منصور مصطفى ص٣٥٧ ـ لبيب شنب بند ١٠٢ ـ شفيق شحاته بند ٢٥٨ ـ الصدة ص٤٧٨ ٠

من الشفيع الى ورثته حتى ولو مات قبل اعلان الرغبة ٠ وذلك على سند من القول بأن الشفعة ولو أنها رخصة تتعلق بمشيئة الشفيع ٠ الا أنها بحكم طبيعتها تلازم العقار المشفوع به ٠ فتنتقل معه الى الوارث ٠ وأمعن أصحاب هذا الاتجاه القول ٠ أن الشفعة ليست حقا ٠ بل هى وسيلة لاكتساب الحقوق فهى رخصة تحول لصاحبها أن يكتسب حقا اذا اتجهت لذلك ارادته والحق الذى يكتسب هو حق مالى ٠ ومن هنا كان تعلق الشفعة بالمال ورخصة الشفعة انما تثبت للشخص بسبب ماله من حقوق على العقار المشفوع به ٠ فاذا انتقلت الى الورثة انتقلت معه ٠ فالشفعة اذن رخصة عينيه يرتبط وجودها وبقاؤها بالعقار المشفوع به ٠ وتنتقل بانتقال هذا العقار أما عن موقف محكمة النقض المصرية فقد ذهبت الى الانحياز لهذا الاتجاه الأخير فقضت (١) " أن كون الشفعة من الخيارات لايمنع من انتقالها بالارث ٠ ذلك أن الخيارات كالحقوق ٠ الأصل فيها أنها جميعا تورث مالم تكن خاصة بذات المورث فتسقط بموته ٠ أو مستثناه بنص خاص ٠ والشفعه ليست خاصة بذات الشفيع ٠ ولم يستثنها من الارث نص ٠ " وقضت فى حكم آخر لها (٢) " أن المال فى اصطلاح القانون هو كل شيء نافع للانسان يصح أن يستأثر به وحده دون غيره ٠ وكما يكون المال شيئا ماديا كالأعيان ٠ كذلك يكون شيئا معنويا كالحقوق التى لاتدرك الا بالتصور٠ والاستشفاع حق من هذه الحقوق فيه العنصر المالى أى النفع والتقدم٠ ومن ثم يجب اعتباره مالاينتقل من الشفيع الى ورثته "

---

١ ـ راجع نقض مدنى ١٩٣٩/٦/٨ مجموعة أحكام النقض ج٢ ص١٨٩٠ السنه ٨ق طعن ٩٥ ٠

٢ ـ راجع نقض مدنى ١٩٤٦/١/٣١ مجموعة النقض ٢٥ عاما ص٤٧٠

رأينـا الخاص فى الموضوع :-

فى خضم هذا التحليل الدقيق لأراء الفقه تذهب الى القول يسقـط الحق فى الشفعة بموت الشفيع وعدم انتقاله الى الورثة مطلقا . لأن المصـدر الأساسى للشفعة هو الشريعة الاسلامية . تلجأ اليها عند خلو أحكـام التشريع الوضعى من معالجة أحد هذه الأمور . فلقد ذهب الحنفية الى سقـوط الشفعة بموت الشفيع قبل تملكه العقار المشفوع فيه بالتراضى أو بحكم القاضى سواء كان موته قبل طلب الشفعة أو بعده . ولا ينتقل حقه الى ورثته (١) لأن الشفعة ليست مالا ولكنها ارادة ومشيئة والوارث لايرث مورثه فى رغباتـه لأنها صفات شخصية . كما أن الوارث ليس مالكا عند بيع العقار المشفـوع فيه عند البيع .

٢ - عدم جواز تجزئـة الشفعـة :-

رخصـة الشفعة غير قابلة للتجزئة . فلا يجوز للشفيع أن يأخـذ بالشفعة فى بعض المبيع دون بعض وعليه تبعا لذلك . أن يطلب الشفعـه فى كل العقار ولو وجد معه شفعاء غيره . كما لايجوز للشفيع اذا بيـع العقار لعـدة مشترين . أن يأخذ بالشفعة من بعضهم دون بعض لأن القول بغير ذلك فيه تفريق للصفقـة اضرار بالمشترى أو ببعض المشترين (٢) .

---

١ - راجع د/ جمال زكى المرجع السابق ص٣٨٧ .

٢ - راجع نقض مدنى ١٩٨٨/١١/٢٩ الطعن ٧٣ السنه ٥٦ ق منشـور فى المجلة الفصليـه لنادى القضاه عام ١٩٩٣ ص ٤٣٦

وسوف نعرض فيما يلى لتعدد العقارات المبيعة - تعدد الشفعاء - تعدد المشترين ·

أ - تعدد العقارات المبيعة :-

اذا تعددت العقارات المبيعة صفقه واحدة · وكانت شروط الأخذ بالشفعة متوافرة فيها جميعا · تعين على الشفيع أن يطلب أخذ ها كلها بالشفعة ولايجوز له أن يقصر طلبه على بعضها دون الآخر تعريقا للصفقة على المشترى · وتعتبر الصفقة واحدة اذا كانت العقارات متلاصقة أو متفصلة ولكنها مخصصة لعمل واحد أو لطريقة استغلال واحدة · بحيث يكون استعمال الحق فى الشفعة بالنسبة الى بعض منها يجعل الباقى غير صالح لما أعد له من الانتفاع (١) · كأن يكون أحدها مخصصا لاقامة مدرسة · والآخر المنفصل عنها معدا لساحة ألعاب لتلاميذها · أو تكون كلها مخصصة لزراعة الخضر لشركة يقوم انتاجها على الحاصلات الزراعية (٢) · أما اذا لم تتوافر شروط الأخذ بالشفعة الا فى بعض العقارات المبيعة يقتصر حق الشفيع على طلب الشفعة فى العقار أو العقارات التى تتوافر له فيها هذه الشروط (٣) ويعين القاضى عن طريق أهل الخبرة ثمن هذا العقار أو هذه العقارات بنسبة من جملة الثمن اذا حدد فى البيع ثمن واحد للعقارات جميعا · مع مراعاة

---

١ - راجع نقض مدنى ١٩٦٥/١/١٤ مجموعة أحكام النقض السنة ١٦ص٥٢ ·

٢ - راجع د/ الصدة المرجع السابق فقرة ٢١٢·

٣- راجع د/ محمد كامل مرسى المرجع السابق فقرة ٢٣٩ ·

مساحة العقار المشفوع فيه وموقعه . ولكن اذا رأى المشتري في تفريق الصفقة على هذا الوجه ضررا به . جاز أن يتمسك بأن يأخذ الشفيع جميع العقارات المبيعة حتى مالم يتوافر له فيها شروط الشفعة . حين يكون الشفيع بالخيار بين أن يأخذ بالشفعة كل هذه العقارات أو أن يتركها كلها منعا لتفريق الصفقة على المشتري (١) .

واذا بيعت العقارات المتعددة لمشتري واحد ولكن في صفقات متعددة كأن كانت العقارات منفصلة بعضها عن بعض ولم تكن مخصصة لعمل واحد أو لطريقة واحدة في الاستغلال . فلا مجال لتطبيق مبدأ عدم تجزئة الشفعة لأن الصفات متعددة . ومبدأ عدم التجزئة لايسري الا في حالة وحدة الصفقة (٢) ويقتصر الحق في الشفعة على العقار أو العقارات التي توافرت فيها شروطها للأخذ بالشفعة " كما لايجوز للمشتري أن يجبر الشفيع على أخذها بالشفعة . وقضت محكمة النقض المصرية تأكيدا لهذا الاتجاه (٣) . " أنه اذا شمل البيع عقارات متعددة في ذات العقد . وكانت منفصلة بعضها عن بعض فيجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة ماتوافرت له فيه أسبابها دون العقارات الآخرى التي لايستطيع ان يشفع فيها لو بيعت مستقلة .

---

١ - راجع د/ السنهوري المرجع السابق ص٢٢٩ .

٢ - راجع د/ السنهوري الوسيط ج٩ ص٤٩٢ .

٣- راجع نقض مدني ١٨/٢/ ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض السنة ٥ رقم ٨٢ ص ٥٣٠ .

(ب) ـ تعدد الشفعـــــاء :ـ

اذا تعدد الشفعاء من طبقة واحدة أو من طبقات مختلفة ٠ تعيـــن على كل منهم أن يطلب الأخذ بالشفعة فى العقار المبيع جميعه ٠ ولايقتصـــر فى طلبه على أخذ جزء منه يتناسب مع نصيبه فى العقار المشفوع فيه ٠لاحتمال أن يطلب الشفعة بعض الشفعاء ٠ أو ألا يطلبها أحد غيرة (١) أولاحتمـــال أن يسقط طلب بعضهم لسبب يتعلق باجراءات الشفعة ٠ حين يكون فـــى اقتصاره على الشفعة فى جزء من العقار المبيع تفريق للصفقة على المشترى (٢) فاذا طلب أحد الشفعاء الأخذ بالشفعة فى جزء العقار المشفوع فيه وقـــع باطلا ٠ ولا يجوز له بعد ذلك طلب الشفعة فى العقار كله الا فى أثنـــاء المهلة الزمنية التى حددها القانون ٠ وعلى ذلك اذا كان للعقار المشفـــوع فيه جاران توافرت لكل منهما شروط الأخذ بالشفعة أو كان العقار المشفوع بـــه يملكه شريكان ٠ وطلب أحد الجارين أو أحد الشريكين الشفعـــة فى نصـــف العقار المبيع ٠ وطلبها الآخر فى كل العقار ٠ أخذ الثانى دون الأول هـــذا العقار كله بالشفعة ٠ على أن عـدم جواز تعريق الصفقه تقرر عند نعـــدد الشفعاء لمصلحة الشفيع ٠ كما تقرر لمصلحة المشترى ٠ ولايجوز من ثـــم للمشترى اذا لم يطلب الأخذ بالشفعة سوى أحد الشفعاء أو بعضهـــم ٠ أن يجبر الشفيع على الاقتصار فى الأخذ بالشفعة على نصيبه تأسيسا على أن عـدم

---

١ ـ راجع د/ محمد على عرفة المرجع السابق فقرة ٢١٧ ٠

٢ ـ يتفق ذلك مع فقه الشريعـه الاسلاميـة الشيخ على الخفيف أحكـــام المعاملات الشرعية المرجع السابق ص١٣٠ ٠

تفريق الصفقة مقرر له وحده لأن الشفيع يقصد بالأخذ بالشفعة . اخراج المشترى ولايتحقق قصده . اذا لم يطلب الشفعة بقية الشفعاء الا بأخذ العقار كله .

(ج) ـ تعدد المشترين :ـ

اذا تعدد المشترون للعقار . فان لكل منهم حصة شائعة فيه . حين يعتبر البيع صفقة واحدة . لاتجوز الشفعة الا فى العقار كله وفقا للرأى السائد (١) فيمتنع على الشفيع أن يأخذ حصة بعض المشترين دون البعض الآخر حتى لاتتفرق الصفقة عليهم . اذ تجمعهم فى غالب الأحوال علاقة القرابة أو وحدة المصلحة . أما اذا عين لكل مشتر جزء من العقار مفرز . حين يتضمن البيع عدة صفقات مستقلة . ويعتبر فى الحقيقة بيوعا متعددة. فيجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة من بعض المشترين دون البعض الآخر. على أن تتوافر شروط الشفعة فيما يأخذه . فلا يستطيع أن يترك الجزء الملاصق لأرضه اذا كان جارا ويأخذ جزءا بعيدا عنها . كما يجوز له أن يأخذ العقار كله .

٣ ـ جواز النزول عن الشفعة :ـ

لما كانت الشفعة كما سبق أن ذكرنا رخصة للشفيع تخوله الحلول محل مشترى العقار المشفوع فيه . فهى من ثم لاتتعلق بالنظام العام . ولذلك

١ـ راجع الصدة فقرة ٣١٣ ـ د/لبيب شنب فقرة ١٠٥ د/ محمد على عرفه المرجع السابق ص٢١٨ .

يجوز للشفيع بعد بيع العقار المشفوع فيه أن يسقط حقه في الشفعة اما صراحة أو ضمنا . ويعتبر نزولا ضمنيا أن يعتبر الشفيع اذا كان مالكا على الشيوع في العقار المبيع . أو المشترى شريكا في الشيوع معه أو أن يستأجر العقار المبيع من المشترى أو يحيل حقه في الشفعة الى غيره لأن هذه الحوالة وان كانت باطلة فهي قاطعة بصفة صريحة في النزول عن الرغبة في الشفعة (١) ويشترط في النزول الضمني أن يكون مستفادا بصفة قطعية لاظنيه . فالنزول عن الحق لايفترض . وقضت محكمة النقض المصرية تطبيقا لذلك (٢) " لايعتبر الشفيع متنازلا عن حقه في الشفعة الا اذا صدر منه مايفيد أنه اعتبر المشترى مالكا نهائيا للمبيع . فلا يعتبر نزولا منه اذا كان مستأجرا للأرض المبيعة . اتفاقه مع البائع على انهاء الاجارة وتعهده له بتسليم الأرض للمشترى . وعدم مبادرته الى طلبها بالشفعة . ومما يجدر بنا الاشارة اليه أن هذا النزول غير جائز قبل بيع العقار المشفوع فيه (٣) اذ لايجوز النزول عن الحق قبل ثبوته ، لأن الشفعة لاتثبت الا بهذا البيع . ونزول الشفيع عن حقه في الشفعة بعد طلبه لايرتب للمشترى المطالبة بأي تعويض . لأنه يستعمل حقه في حدود القانون (٤) . (على كل حال يجب التضيق في تفسير النزول عن الشفعة - فهو استثناء من الأصل العام (٥)

---

(١) راجع استئناف مصر ١٩٠١/٥/٢ ، د/محمد كامل مرسى فقرة ٥٢٩.

(٢) راجع نقض ١٩٤٥/٢/١٥ مجموعة أحكام النقض ج ٤ رقم ٢٠٨.

(٣) راجع د/ جمال زكى ، المرجع السابق ص ٣٩٤.

(٤) راجع استئناف مصر ١٩٤٠/١/٣١.

(٥) راجع نقض مدنى في ١٩٥٥/٢/١٧ مجموعة أحكام النقض السنة٦ ص٧١٨.

المطلب الثانى

شروط الأخذ بالشفعة

تمهيد :

استهل المشرع النظام التشريعى للشفعة فى المادة ٩٣٤، ٩٣٥ مدنى بمعالجة شروط الأخذ بالشفعة . من حيث من يثبت له الحق فى الشفعة أى حالات وأسباب الشفعة . ثم تعرض لكيفية فض التزاحم بين الشفعاء وعالج البيوع التى تجيز الأخذ بالشفعة ثم موانع الأخذ بالشفعة فى المادة ٩٣٩ مدنى . ولذلك ننتهج هذا التنظيم التشريعى . وتأتى دراستنا لهذا المطلب منقسمة الى أربعة فروع يتناول الأول : حالات وأسباب الأخذ بالشفعة والثانى يتناول : البيوع التى تجيز الشفعة . والثالث : يتناول : فض التزاحم بين الشفعاء . والرابع يتناول : موانع الأخذ بالشفعة . وسوف نعرض تفصيلا لذلك على النحو التالى :

الفرع الأول

حالات وأسباب الأخذ بالشفعة

تمهيد :

بدأ المشرع فى المادة ٩٣٦ مدنى تحديد الأشخاص الذين يحق لهم الأخذ بالشفعة أى الشفعاء [(١)] وهم : ١ - مالك الرقبة اذا بيع كل حق

(١) راجع م/ عزت حنوره ، المرجع السابق ص ٣٢٠.

الانتفاع الملابس لها أو بعضه • ٢ - الشريك فى الشيوع اذا بيع شىء من العقار الشائع الى أجنبى • ٣ - صاحب حق الانتفاع اذا بيعت الرقبة الملابسة لهذا الحق أو بعضها • ٤ - مالك الرقبة فى الحكر اذا بيع حق الحكر • وللمستحكر اذا بيعت الرقبة • ٥ - الجار المالك فى الأحوال الآتيه : " .... " ثم تناول المشرع الشروط التى يجب توافرها فى الشفيع • ومن ثم يأتى بحثنا على النحو التالى :

أولا : تحديد طبقة الشفعاء :

١ - مالك الرقبة اذا بيع حق الانتفاع :

نصت على ذلك الفرة (أ) من نص المادة ٩٣٦ مدنى والتى جاء نصها " لمالك الرقبة اذا بيع كل حق الانتفاع الملابس لعا أو بعضه " •

لما كان حق الانتفاع هو حق عينى متفرع عن الملكية • ويؤدى الى حرمان مالك الرقبة من التمتع بملكه بطريق مباشر أو غير مباشر من التمتع بملكه • فاذا رأى صاحب الحق بيعه فانه يكون لمالك الرقبة • الأولوية على غير بهذا المبيع لجمع شتات الملكية • فتكون الشفعة عند ذلك سببا لكسب حق الانتفاع لا الى كسب الملكية [1] وهذا اشتثناء على الأصل العام

---

(١) راجع مستشار عزت حنوره ، المرجع السابق ص ٣٢•

الذى يقضى بأن الشفعة طريق لكسب الملكية [1] فقد يكون العقار كله مملوكا لشخص واحد . ويرتب هذا المالك حق انتفاع لشخص آخر على هذا العقار كله فيصبح المالك الأصلى مجرد مالك رقبة . ويكون حق الانتفاع بالبيع فى كل حقه أو فى بعض منه . جاز لمالك الرقبة أن يأخذ بالشفعة هذا المبيع أيا كان مقداره . أما اذا رتب المالك حق الانتفاع على حصة شائعة فى العقار ولتكن الثلث مثلا فانه يظل مالكا لهذا الثلث شيوعا ومالك الرقبة فى الثلثين الملابسين لحق الانتفاع . فاذا بيع حق الانتفاع كله أو بعضه يحق لمالك الرقبة أخذه بالشفعة واذا تعدد المنتفعون وباع أحدهم نصيبه فى الانتفاع لأجنبى كان لمالك الرقبة وحده أخذ هذا النصيب بالشفعة ولم يكن لسائر الشركاء فى الانتفاع حق طلب الشفعة فالشريك فى الانتفاع ليس له حق طلب الشفعة اذا باع أحد شركاءه على الشيوع فى حق الانتفاع . وقد تكون ملكية العقار أصلا شائعة بين شخصين أو أكثر . فاذا رتب الشريك المشتاع حق انتفاع لآخر على رخصته . فان ملكيته وحده التى تتحلل الى رقبة وحق انتفاع ملابس لها . ويكون له أن يشفع فى بيع هذا الحق كله أو بعضه . أما اذا رتب الشركاء فى الشيوع حق انتفاع على كل العقار الشائع بينهم . فان ملكية الرقبة تظل شائعة لهم ويكون حق الانتفاع مفرزا لصاحبه . الا أنه مع ذلك يلابس حصصا شائعة فى الرقبة فمتى بيع كل حق الانتفاع - جاز لكل شريك فى ملكية

---

(١) راجع د/ البدراوى ، المرجع السابق ص ٣٢٦ .

الرقبة أن يشفع فيما يلابس حصته من حق الانتفاع للمبيع أى يشفع فقط بقدر حصته . واذا كانت ملكية الرقبة شائعة بين اثنين أو أكثر بينهما صاحب حق انتفاع واحد . وقام هذا الأخير ببيع حصة شائعة فى حق الانتفاع جاز لكل شريك فى الرقبة أى يطلب الشفعة بقدر نصيبه فيها . ولكن التساؤل الذى يثير الاهتمام هل تطبق هذه الأحكام على حق الاستعمال والسكنى ؟ أجمع الفقه المصرى على تطبيق هذه القواعد على حق الاستعمال والسكنى . فيثبت لمالك الرقبة الحق فى الشفعة فى الحالات التى يجوز فيها بيعها (١). ولكن اختلفوا فيما بينهم فى الأساس القانونى لذلك . فذهب البعض منهم الى أن هذه القواعد تطبق بطريق القياس على بيع حق الانتفاع الملابس للرقبة (٢). بينما ذهب البعض الآخر (٣) الى أن هذه القواعد تطبق لا باب القياس وانما لأن المبيع حينئذ لايظل على حالة الأول كحق استعمال بل يكون قد تحول الى حق انتفاع . فقد نظم المشرع أحكام حق الانتفاع فى المواد من ٩٨٥ حتى ٩٩٥ مدنى . بينما نظم الاستعمال والسكنى فى مادتين فقط هما ٩٩٦ ، ٩٩٧ موضحا الخصائص التى تميزهما . وفيما عدا ذلك سوى بين حق الاستعمال والسكنى والانتفاع فى باقى الأحكام وبالتالى يكون المبيع فى الحقيقة والواقع حق انتفاع ترد عليه الشفعة ولكننا نرجح الاتجاه الأول والقياس قائم حكمه على التشابه وهذه الحقوق متشابه فى أحكامها .

---

(١) راجع د/ جمال زكى ص ٤١٨ ، د/ الصدة فقرة ٢٧٧ ، د/البدراوى ص٣٣٦

(٢) راجع د/ منصور مصطفى منصور ص ٣١٠ فقرة ١٢٩ .

(٣) راجع د/ عزت حنوره ، المرجع السابق ص ٣٥ .

٢ - **الشريك على الشيوع فى العقار :**

جـاء النص على ذلك فى الفقرة ب من المادة ٩٣٦ مدنى التى نصت على " للشريك فى الشيوع اذا بيع شىء مـن العقار الشائع الـى أجنبى وهـذه هى الطبقة الثانية للشفعاء ويجب لتطبيق هـذا النص توافـر الشروط الآتيـه :

أ - **أن يكـون الشفيع شريك على الشيوع :**

يشترط القيام حالة الشفعة فى هذه الحالة أن يكـون الشفيع صاحـب حصته شائعة فى العقـار الذى وقع فيه البيع • ويقصد بالبيـع هنا المحـل الأصلى للبيع دون ملحقاته أو توابعه • فاذا كـان حـق الشفيع يقتصر على حصة شائعة فى توابع أو ملحقات المبيـع لايحـق له طلب الشفعة • ومثل ذلك اذا اشترك عدة ملاك عقـارات مفرزة فى ملكية عقـار آخـر يخدم هـذه العقارات المفرزة كفنـاء يطل عليه العقارات المفرزة أو طريق خاص أو مروى تروى أراضيهـم فان اشتركوا فى هذا العقار الخادم رغم ملكيته الشائعة فلا يجـوز لأى منهـم الاستناد الى هذا الشيوع فى طلب الأخـذ فى بيـع أحـد العقارات المفرزة ويشترط توافر حالة الشيوع من وقـت انعقاد البيع المراد الشفعة فيه وحتى تمام الأخـذ بالشفعـة رضاء أو قضاء • فاذا زالت حالت الشيوع قبل صدور البيـع فلا ينشأ بموجـب هـذا البيع حـق شفعـة يستند الى حالـة

الشيوع • والأصل المقرر قانونا أن قسمة العقار الشائع بين الشركاء تنهي حالة الشيوع وتجعل كلا منهم مالكا للجزء المفرز الذى اختص به • ويصير كل جزء من هذه الأجزاء عقارا مستقلا فاذا باع أحدهم الجزء المفرز الذى اختص به الى آجنبي • لم ينشأ لغيره من أصحاب الأجزاء الأخرى شفعة فى هذا البيع استنادا الي الشيوع وانما قد يجوز له طلب الشفعة بسبب الجوار اذا توافرت له شرائطه •

ب - **أن يكون البيع فى ذات العقار :**

يجب أن يكون البيع الشمفوع فيه واقعا على شيء من ذات العقار الذى يملك الشفيع حصة شائعة فيه • ولكن مايستحق التساؤل هو هل يشترط أن يكون المبيع حصة شائعة • أم يجوز أن يكون جزءا مفرزا طالما فى ذات العقار ؟

انقسم الفقه فى الاجابة على هذا التساؤل فذهب البعض (١) الى أن بيع الشريك فى الشيوع لجزء مفرز من العقار الشائع لايجيز لباقي الشركاء المشتاعين أن يشفعوا فيه • ويستند أنصار هذا الاتجاه الى أن البيع وان كان نافذا بين عاقديه • الا أنه غير ناقد فى حق باقي الشركاء • ومتى لم يقره فان المشتري لايدخل

---

(١) راجع السنهوري جـ٨ فقرة ٥٨١، د/عمران ص١١٠،د/مصطفى الجمال فقرة ٢٩٤، د/الصده فقرة ٢٧٨،د/منصور فقرة ١٣٠•

شريكا معهم . ومن ثم فانهم لن يضاروا به طالما ظلت حالة الشيوع قائمة . كما أنه بعد القسمة يستقل بالجزء المفرز الذى يقع فى نصيب البائع له فلا ضرر يلحقهم بذلك . ومن ثم فلا مجال للشفعة فى هذه الحالة . ودعموا رأيهم بحجة ثانية هى أن الشفعة فى العقار هى المقابل لنظام الاسترداد فى بيع المنقول الشائع . واذا كان من المسلم به أن حق الاسترداد لايقوم الا اذا كان المبيع حصة شائعة لاجزاء مفرزا . يكون من المتعين عدم اجازة الشفعة فى بيع جزء مفرز من المال الشائع . بينما ذهب البعض الآخر [(١)] الى ثبوت الشفعة للشركاء فى الشيوع اذا باع أحدهم جزءا مفرزا من العقار الشائع قبل القسمة ودون رضاء الشركاء ذلك أن نص المادة ٨٢٦ مدنى اعتبر هذا التصرف صحيحا حتى ولو لم يقع المبيع عند القسمة فى نصيب البائع . اذ قضت بأن ينتقل حق المشترى من وقت البيع الى الجزء الذى آل الى البائع بطريق القسمة . فهو بذلك بيع صحيح تجوز فيه الشفعة والقول بغير ذلك يسهل الغش والتحايل لمنع الشفعة . اذ يستطيع النص فى عقد البيع ثم مفرزا لحرمان الشركاء المشتاعين من طلب الأخذ بالشفعة . ونرى من جانبنا أن الاتجاه الأول هو الراجح لسلامة الأساس الذى بنى عليه .

---

(١) راجع د/ محمد على عرفه فقرة ٢٣٥.

جـ - **صدور البيع لأجنبي :**

يقصد بالأجنبي فى هذا المقام شخص آخر غير الشركاء المشتاعين وذلك لدفع الضرر الذى قد يحيط بالشركاء المشتاعين لقيام أحدهم ببيع نصيبه الى غيرهم • فلا تثبت شفعة الشريك فيما بيع من العقار الشائع الا اذا كان البيع قد صدر الى أجنبى عن الشركاء فى الشيوع أى الى شخص من غير هؤلاء الشركاء (لذا تمتنع الشفعة المستندة الى الشيوع متى كان البيع قد صدر الى شريك فى ذات الشيوع وقصرها على حالة البيع الى أجنبى • ويذهب البعض(١) الى القول أن المشرع لم يكن فى حاجة الى النص ذلك " اذا بيع شىء من العقار الشائع لأجنبى " لأن وجوبه متحقق تلقائيا بمقتضى القاعدة العامة التى تحكم التزاحم بين الشفعاء التى أوردها البند الثالث من المادة ٩٣٧ مدنى " اذا كان المشترى قد توافرت فيه الشروط التى تجعله شفيعا بمقتضى نص المادة السابقة • فانه يفضل على الشفعاء الذين هم فى طبقته أو من طبقة أدنى ولكن يتقدمه الذين هم من طبقة أعلى " وتطبيقا لهذه القاعدة لايجوز للشريك المشتاع الاستناد الى حالة الشيوع ليطلب الأخذ بالشفعة فيما اشتراه شريك مثله فى ذات العقار الشائع • لأن هذا المشترى يكون بدوره فى حكم الشفيع استنادا الى ذات الشيوع•

---

(١) راجع د/ عزت حنوره ، المرجع السابق ص ٥٤٨•

أى يكون كل من طلب الشفعة والمشترى من طبقة واحدة اذ كل منهما شريك مشتاع وبالتالى تكون الأفضلية للمشترى ويمتنع على غيره من الشركاء طلب الأخذ بالشفعة فيما اشتراه ٠

٣ ـ **صاحب حق الانتفاع :**

نصت على ذلك الفقرة جـ من المادة ٩٣٦ مدنى التى جاء نصها " لصاحب حق الانتفاع اذا بيعت كل الرقبة الملابسة لهذا الحق أو بعضها " ٠

تأتى مرتبة صاحب حق الانتفاع فى المرتبة الثالثة بعد مالك الرقبة والشريك على الشيوع ٠ فالفرض فى هذا النص أن الرقبة كلها أو بعضها قد تم بيعها ٠ فعندئذ يجوز لصاحب حق الانتفاع أخذ مابيع منها للشفعة ٠ وحق المنتفع فى الأخذ بالشفعة قاصر على بيع الرقبة فى ذات العقار المقرر عليه حقه ٠ أما اذا بيع العقار المجاور لعقارة ٠ فان صاحب حق الانتفاع لايستطيع أن يطلب تملك العقار بالشفعة ٠ فاذا كانت ملكية العقار موزعة بين مالك الرقبة وصاحب حق الانتفاع وبيعت ملكية الرقبة كلها أو بعضها ٠ يكون لهذا الأخير أن يأخذ المبيع بالشفعة لتجتمع فى يده عناصر الملكية ٠ ويصبح مالكا للعقار كله أو بعضه ملكية تامة ٠ فاذا تعدد أصحاب حق الانتفاع على العقار وبيعت الرقبة كان لهم مجتمعين أن يأخذوا الرقبة

بالشفعة كل بقدر حصته • ليصبح العقار مملوكا لهم ملكية تامة ويجوز لأحدهم أن يشفع فى الرقبة بقدر حصته • لأن هذا هو القدر الملابس منها لحق الانتفاع الذى له [١] انما يكون للمشترى أن يجبره على أن يأخذ الرقبة كلها بالشفعة منعا لتفرقة الصفقة عليه • أو أن ينزل عن حقه فى الشفعة [٢] • واذا تعدد ملاك الرقبة وباع أحدهم نصيبه فى ملكية الرقبة لأجنبى • فان شريكه مفضلا على صاحب حق الانتفاع • واذا تعدد أصحاب حق الانتفاع • فانهم يتزاحمون فى تملك الرقبة ويقتسموا فيما بينهم قدر نصيب كل منهم [٣] •

٤ - مالك الرقبة والمستحكر فى الحكر :

نصت على ذلك الفقرة د من المادة ٩٣٦ مدنى " لمالك الرقبة فى الحكر اذا بيع حق الحكر • وللمستحكر اذا بيعت الرقبة" •

هذه هى المرتبة الرابعة للشفعاء الذى حددها المشرع بعد مالك الرقبة والشريك فى الشيوع وصاحب حق الانتفاع ومقتضى هذا النص أنه اذا بيع الحكر كان لمالك الرقبة حق أخذ الحكر بالشفعة حتى يجمع شتات الملكية • ولايمكن أن يزاحم مالك الرقبة

---

(١) راجع نص المادة ٩٣٦ / ج

(٢) راجع د/ محمد على عرفه جـ٢ فقرة ٢٨٨ ، د/السنهورى جـ٩فقرة١٨٢ •

(٣) راجع د/ البدراوى ، المرجع السابق ص ٣٤٤ •

فى هذا الحق سواه • وكذلك اذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها كان للمحتكر حق أخذها بالشفعة • هذا ويلاحظ أن مالك الرقبة اذا كان هو الوقف فانه لايمكن أن يأخذ بالشفعة وذلك طبقا للمادة ٢/٩٣٩ مدنى • وعلى ذلك لايمكن لمالك الرقبة أن يأخذ الحكر بالشفعة الا اذا كان مالك الأرض هو أحد الأفراد • أما المحتكر فلا حق له فى الشفعة اذا كان الحكر قائما على أرض موقوفه الا فى حالة الاستبدال (١) •

على أن هذا الفرض نادر لأن حق الحكر لايجوز منذ العمل بالتقنين المدنى الجديد الا على أرض موقوفه وضاق نطاقه أيضا بالالغاء للوقف على الخيرات الصادر بالمرسوم بقانون ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ • ومن ثم ترتب على الالغاء انتهاء حق الحكر الذى كان مقتصرا على العقارات الموقوفه التى خضعت لحكمه • ولما كان من النادر ترتيب حكر جديد على الأوقاف الخيرية • وصدر القانون ٦٤٩ لسنة ١٩٥٣ الذى أجاز لوزير الأوقاف بعد موافقة المجلس الأعلى للأوقاف انهاء الأحكار المترتبة على الأوقاف الخيرية • فاذا بيعت الرقبة الموقوفه على الخيرات بطريق الاستبدال • كان للمستحكر أن يأخذها بالشفعة لتصير له الملكية التامة (٢) • ولكن اذا باع هذا الأخير حق الحكر لايجوز للوقف الذى له الرقبة أن يأخذ

---

(١) راجع د/ البدراوى ، المرجع السابق ص ٣٤٤•

(٢) راجع د/ جمال زكى ، المرجع السابق ص ٤٢٤•

بالشفعة . اذ لا شفعة للوقف كما سبق القول [1] وتجوز الشفعة كذلك فيما بقى من أحكار قديمة على الأعيان غير الموقوفة والخلاصة فى ذلك أن شفعة الأحكار أصبحت عديمة الأهمية وفى حكم المندثرة.

٥ - شفعة الجوار :

تعتبر هذه المرتبة الخامسة للشفعاء حسب التحديد الوارد فى المادة ٩٣٦ سالف الذكر وورد النص عليه فى الفقرة (هـ) والتى نصت على " :

١ - اذا كانت العقارات من المبانى أو من الأراضى المعدة للبناء سواء كانت فى المدن أو القرى .

٢ - اذا كانت للأرض المبيعة حق ارتفاق على أرض الجار أو كان حق الارتفاق لأرض الجار على الأرض المبيعة .

٣ - اذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين وتساوى من القيمة نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل " يفهم من هذا النص أن شفعة الجوار تثبت فى أحوال ثلاثة هى:

الأولى : اذا كانت العقارات من المبانى أو من الأراضى المعدة للبناء سواء كانت فى المدن أو فى القرى .

الثانية : اذا كان للأرض المبيعة حق ارتفاق على أرض الجار أو كان حق الارتفاق لأرض الجار على الأرض المبيعة .

---

(١) راجع نص المادة ٢/٩٣٩ مدنى .

الثالثة :اذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين وتساوى من القيمة نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل • وسوف نعرض لهاتين الحالتين على النحو التالى :

الحالة الأولى : المبانى والأراضى المعدة للبناء :

هذه هى الحالة الأولى المنصوص عليها فى الفقرة هـ من المادة ٩٣٦ مدنى سالف الذكر • يفهم من هذا النص أن كل عقار مبنى أو أرضا معدة للبناء قائمة فى مدينة أو قرية داخل الكردون أو خارجه أيا كان موقعة تخضع لأحكام شفعة الجار بالتلاصق • ويعتبر العقار بناء أو الأرض معدة للبناء بالنظر الى السمة الغالبة على العقار كله استهداء بطريقة استغلاله أو بما أعد له [(١)] • ويقصد بالبناء ماكان مستقرا بحيزة مستقرا ثابتا فيه لايمكن نقله منه دون تلف • وتعتبر الأرض معده للبناء متى كان قد سبق اعدادها لذلك • فيمكن اعتبار قيام الدولة بتحديد نطاق معين على أنه مدينه أو قرية • أو ادخال قطعة أرض ما فى نطاق كردون المدينة أو القرية طبقا للخرائط المساحية • قرينة قانونية قاطعة على أن هذه الأرض معدة للبناء دون أى اعتبار للحالة التى هى عليها فعلا • أما الأراضى خارج نطاق كردون المدنية أو القرية فالأصل فيها أنها غير معدة للبناء • ومناط اعتبارها كذلك رغم خروجها نطاق كردون المدنية أو القرية هى بالواقع وليس بالوصف الوارد لها فى عقد البيع • فقضت بعض المحاكم • اذا كان المشفوع فيه أرضا

---

(١) راجع د/ عزت حنوره ، المرجع السابق ص ٥٦.

وصفت في عقد البيع أنها أرض زراعية وقدرت مساحتها بالفدان وكانت مؤجرة ولايزال يدفع عليها المال باعتبارها أرضا زراعية ولكنها كانت معدة للتقسيم عاجلا الى قطع للبناء بحكم التلاصق للمباني وانتشار العمران بالجهة التي بها جازت الشفعة للجار ذى الحد الواحد باعتبارها أرض بناء" والأصل هو أن الأرض غير معدة للبناء وعلى من يدعى خلاف الأصل اثبات ذلك بكل طرق الاثبات القانونية . وهذه من المسائل الموضوعية التي تدخل في سلطة قاضي الموضوع . والوقت المعمول عليه حيث يتعين توافر شروط الشفعة هي بحالتها وقت حصول البيع المطلوب الأخذ فيه بالشفعة دون التفات الى نوع الاستغلال .ويكفي للأخذ بالشفعة في هذه الحالة التلاصق في الجوار ولو من جهة واحدة . بأن تكون الأرض المشفوع بها ملاصقة للأرض المشفوع فيها دون حاجة الى قيام التلاصق بين الأبنية القائمة على كل منها (١) ومن المعتاد أن يكون التلاصق أفقيا . فيكون العقار المشفوع به ملاصقا للعقار المشفوع فيه ملاصقة جانبية . أي يكون الى جانبه في أية جهة من جهاته ولكن يجوز مع ذلك أن تكون الملاصقة رأسية لا أفقية ويكون العقار المشفوع به ملاصقا للعقار المشفوع فيه في أعلاه أو في أسفله . وهذا يتحقق في ملكية الطبقات (٢) فيثبت الحق في الشفعة لمالك السفل اذا بيع العلو ولمالك العلو اذا بيع السفل .ولكن هل تجوز الشفعة في البناء بالبناء ؟.

---

(١) راجع د/ الصدة ، فقرة ٢٨٤ ،د/عرفه فقرة ٢٤٠.

(٢) راجع د/ السنهوري ج ٩ فقرة ٢٨٠.

يقصد بذلك طلب الجار الشفعة ببناء يملكه على أرض لايملكهـــــا أو كـان يشفع بأرض يملكها فى بناء بيع وحده دون الأرض التى يقوم عليها هـــذا بالبناء ٠ الراجح فقها وقضاء [1] أن الشفعة تجوز بالبناء ولو بيع مستقلا عـــن الأرض القائم عليها ٠ فاذا بيعت الأرض مع البناء الذى عليها أو بيعت الأرض مـــن

---

(١) راجع البدراوى ، المرجع السابق ص٣٤٨٠ ونقض مدنى ١٢/١/١٩٥٠٠٠ مجموعة أحكام النقض السنة ١ رقم ٤٨ ص ١٦٦" ان عقد البيع غيـــر المسجل يولد فى ذمة البائع التزاما بالتسليم للمبيع وبالوفاء به يصبح المبيع فى حيازة المشترى له أن ينتفع به بجميع أوجه الانتفاع ومنها البناء علـــى سبيل البقاء والقرار ٠ ومتى أحدث المشترى بناء على الأرض المبيعـــــه له يصبح هـــذا البناء عقارا ملكا له ملكيه مصدرها واقعة البناء على ســـبيل القـرار والبقاء ومن ثم يقوم به سبب الشفعة بوصفه جـــارا مالكـــا للبنـاء ولامخالفة فى ذلك لقانون التســـجيل ٠ ذلك أن الشـــفيع مشـــترى الأرض بعـــقد غير مســـجل لايؤسس حقـــه فـــى طلب الشفعـــة على عقد شرائه ــ وانما يقيـمة على ملكية البناء استقـــلالا عن الأرض ــ كما لا مخالفـــة لأحكـام الملكية بالالتصاق ٠ قولا بـــأن بـــائع الأرض يعتبر فى حكـــم القانـــون وبالنسبة لمكانه هـــو وحـــده مالك البنـــاء الذى أقامـــة المشترى الذى لـــم يســـجل عقـــــــد شرائه ٠ ذلك لأن القانون اذ يعتبـــر مالك الأرض مالكـــا للبنـــــاء بفعـــل الالتصـــاق انمـــا يقـــرر فى صالح مالك الأرض قرينة غير قاطعـــة قابلـــة لاثبات العكـــــس ٠ كمـــا اذا خـــول مالك الأرض مستأجرها الحـــق فى اقامـــة المنشآت وتملكهـــا ٠ فانه فى هذه الحالة يعتبـــــر مالكـــا لما يقيمه مـــن بناء على اعتبار أنه عقـــار ٠ فمناط تطبيق قواعـــــد الالتصاق ألا يكون ثمة اذن صريح أو ضمنـــــى مـــن المـــالك للغـــير باحداث البنـــاء ٠

غـير البنـاء • أو اذا بيـع البنـاء من غير الأرض • فانه يجوز للجار أن يطالب بالشفعة ـ ذلك لأنـه بالنسبة للعقار المشفوع لم يختم القانون أن يكـون أرضا • فقـد جـاء نص المـادة ٩٣٦/هـ كمـا سبق ذكـره خاليا من وجـوب أن يكون البنـاء تابعا للأرض • أمـا العقـار المشفوع به وهـو عقـار الشفيع فان القانون لم يخصص نوعه • فالشفعة تثبت للجـار المالك والجار المالك قـد يكـون مالكـا لعقار من المبانى أو الأرض فيصبح أن يكـون طالب الشفعة مالكا للبناء دون الأرض • وبناء على ذلك اذا بيـع العقـار فانه يجـوز لكـل من مالك الأرض المجاورة ولمالك البناء المجاور • ان لـم تكـن الأرض والبناء لمالك واحـد أن يطالب بالشفعة • وقـد ذهبـت محكمـة النقض المصرية ذلك الى تأكـيد ذلك بأن مصـدر ملكية البانـى هـى واقعـة البناء على سبيل البقاء والقـرار • » (١)

الحالة الثانية : شـفعة الجـوار فى الأرض غير المعدة للبنـاء :

يقصد بهذه الأراضى هنـا الأراضى الزراعية والبور والصحراوية • وتنـاول المشرع ذلك فى البند الثانى والثالث من المادة ٩٣٦ كما سبق القول • فهـى تتمثل فى صورتين : الأولى : اقتران الجوار بحـق الارتفاق ، والثانيـة : الجـوار من ناحيتين مع نسبة قيمة العقارين المشفوع به والمشفوع فيه • وسوف نعـرض لهاتين الصورتين على النحـو التالـى •

---

(١) راجع نقض مدنى ١٩٨١/٥/١٣ منشور فى مجلة القضاة الفصلية عام١٩٩١م•

أ ـ **الصورة الأولى : اقتران الجوار بحق ارتفاق :**

فتمثل هذه الصورة من صور شفعة الجوار أن يكون لأرض الجار أو عليها حق ارتفاق على الأرض المبيعة • فاشترط المشرع زيادة على التلاصق بين الأرض المشفوع فيها والأرض المشفوع بها • أن يكون لاحداهما حق ارتفاق على الأخرى • سواء كان هذا الحق للأرض المشفوع فيها على الأرض المشفوع بها • أو كان لهذه الأرض الأخيرة على الارض المشفوع فيها (١) انما لايغني وجود الارتفاق على هذا النحو عن وجوب التلاصق • لأن مجرد وجود حق ارتفاق لأرض أخرى لايقيم الحق في الشفعة بل لابد أن تكون احدى الأرضين ملاصقة للأخرى • لأن صاحب الأرض المشفوع بها لايكون جارا الا بالملاصقة (٢) • ويترتب على الأخذ بالشفعة زوال حق الارتفاق باجتماع العقارين في يد واحدة وللشفيع مصلحة واضحة في زوال حق الارتفاق الذي يثقل أرضه • ولكن مصلحته أقل وضوحا في زوال حق الارتفاق الذي يثقل الأرض المشفوع فيها • وان كان يمكن القول مع البعض بأنه يصبح مالكا للأرض المرتفق بها ونزول أسباب النزاع التي تتولد عادة من وجود حق ارتفاق لأرض على أخرى (٣) والارتفاق الذي يثقل أرضا لفائدة أخرى • ويقيم الحق في الشفعة يكون في غالب الأحوال ارتفاقا بالشرب أو المجرى

---

(١) راجع نقض مدني ١٣/٥/١٩٤٨ مجموعة أحكام النقض جـ٥ رقم ٣١٠ ص٦١٥ •

(٢) راجع د/ محمد كامل مرسى ، المرجع السابق ص ٢٣٣ جـ ٣ •

(٣) راجع د/ السنهوري ، المرجع السابق جـ٩ فقرة ١٨٦ •

أو المسيل أو المرور . تقرر بالارتفاق أو بتخصيص المالك أو بالتقـــادم وبأخـذ حكم هـذه الحقوق القيود القانونية التى نص عليها المشرع مثــل حقوق الشرب أو المجرى أو المـرور فانهـا وان كانت ليست ارتفاقــات بالمعنى الدقيق (١) . الا أنهـا تسوغ الآخـذ بالشفعة . فيســتوى أن تكـون هـذه الحقوق ارتفاقات حقيقية تقررت بارادة الانسان .وتكـون قيودا قانونية فقررت بمقتضى نص فى القانون (٢) ولايمنع حق الجـــار فى الشفعة أن يكـون الارتفاق الذى لأرضـه على الأرض المشـــفوع فيها . يرد عليها كذلك لفائدة أراضى أخـرى غير أرضه . أو يكـون الارتفاق الذى للأرض المشفوع فيها على أرضه . يرد عليها أيضا لفائدة أراضى غيـــر تلك الأرض . وان كانت الشفعة لاتؤدى خالئذ الى زوال الارتفاق الذى يظل قائما لمصلحـة الأراضى الأخــرى . فانه يترتب عليها تضيـق نطاقــة وتعتبر من ثم خطوة فى طريق التخلص نهائيا منه (٣) واذا كـان ســبب الشـفعة هـو وجـود الارتفاق لأرض الجـار أو عليها فان زوال هـــذا الحـــق يؤدى حتمـا الى سقوط الحق فى الشفعة (٤) . وعلى ذلك اذا نزل المشترى عن حق الارتفاق الذى للأرض المبيعة على أرض الجـــار امتنع على هذا الأخير بالشفعة . ويرتب البعض على نزولـه هـذا الأثـر مادام قد صـدر قبل الحكم بالشفعة أو التسليم بها من جانبه (٥) . وان

---

(١) راجع م/ عزت حنورة ، المرجع السابق الخلاف حول التكاليف العينيـــة مفصل لثلاث اتجاهات ص ٦٦-٦٧ .

(٢) راجع د/ الصـدة ، المرجع السابق ص ٢١٨ .

(٣) راجع د/ محمد كامل مرسى ، المرجع السابق فقرة ٢٣٥ .

(٤) راجع د/محمد كامل مرسى فقرة ٢٣٥ ، د/الصده ، المرجع السابق ص ٢٢٠ .

(٥) راجع د/الصده فقرة ٢٣١ - د/البدراوى فقرة ٤٠١ ، د/عبدالفتاح عبدالباقى فقرة ٢٥٦

كان البعض الآخر يرى أن نزوله لايعتد به بعد رفع الدعوى التى يستقر بها حق الشفيع فى تملك العقار المشفوع فيه جبرا على المشترى (١) • ولكننا نرى أن الراجح هو أن نزول المشترى عن حق الارتفاق لايكون له أثر فى اسقاط حق الشفيع الا اذا صدر قبل اعلان الأخذ بالشفعة • وليس قبل صدور الحكم بثبوت الشفعة أو قبل رفع الدعوى • ونؤسس هذا الرأى على أن حق الشفيع يثبت بمجرد اعلان رغبته فى الأخذ بالشفعة اذ تكون عناصر الشفعة قد تكاملت • وبتكاملها يثبت حق الشفيع ويحل محل المشترى فى البيع الذى يأخذ فيه بالشفعة • وليس رفع الدعوى بالشفعة بعد ذلك وصدور الحكم بالشفعة الا تقريرا لما تم من أثر قانونى ترتب مباشرة على اعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة (٢) .

ب - **الصورة الثانية : التلاصق من جهتين :**

هذه الصورة من الصور المنصوص عليها فى البند الثالث من المادة ٩٣٦/هـ سالفة الذكر • قرر المشرع المصرى أن التصاق جهتين اثنتين من جهات أرض الشفيع بالعقار المشفوع فيه • يتحقق به التصور الكافى من مجاورة المشترى له • وحتى لاتتخذه هذه وسيلة للتحايل فتشدد المشرع فى شفعة الجوار فى هذه الحالة واشترط لطلب الأخذ بالشفعة شرطان هما :

---

(١) راجع د/ محمد على عرفه فقرة ٢٤٣ جـ ٢ •

(٢) راجع د/ السنهورى فقرة ٢٣٥•

١ - **التصلاصق من جهـــتين :**

يجب أن تكون الأرض المشفوع فيها ملاصقة للأرض المشفوع فيها مـــن جهتين • وذلك بأن يقــع التلاصق فى جهتين من الجهات الأصليــة " الشرقية - الغربية • - القبلية - البحرية " فلا يكفى التلاصــق من جهة واحــدة ولو كــان فى نقطتين منها (١) • أو كــان علــى طول الجهــة بأكملهــا • انما لايشترط أن تكون الجهات التــى يجـب فيهما الملاصقة متجاورتين كالشمالية والشرقية (٢) • بل يجوز أن تكونـا غير متجاورتين كالشمالية والجنوبية • ولكــن تكفى الملاصقة فى كل مـــن الجهتين فى نقطــة واحــدة مهما كانت الملاصقة قصيرة • وينظر فيهــا الى الأرض المشفوع بها لا الى الأرض المبيعة • فهى التى يجـــب أن تكــون ملاصقة من جهتين منها للأرض المبيعة حتى ولو كانــت الملاصقة فى جهة واحدة فقــط فى الأرض المبيعة • ويجــب أخيـــرا أن يقــع التلاصق فى جهتين لأرض واحدة يملكها الجار • فلا تجـــوز الشفعة اذا كــان للجــار أرض ملاصقة للأرض المبيعة من جهة • وأرض أخـــرى ملاصقة لها من جهــة ثانية •

---

(١) راجع د/ محمد على عرفه جـ ٢ فقــرة ٢٤٦•

(٢) راجع د/ جمال زكــى ص ٤٣٤ •

٢ ـ **التناسب بين الأرضين :**

اشترط المشرع بالاضافة الى التلاصق من جهتين أن تساوى أرض الجار من القيمة نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل • والحكمة التى دعت المشرع الى النص هى ألا تتخذ الشفعة وسيلة للمضاربة (١) • والعبرة بالقيمة الحقيقة لأرض الجار وقت ابرام العقد لأنه الوقت الذى يجب أن تتوافر فيه شروط الأخذ بالشفعة • ولايهم مقدار مساحتها أما الأرض المبيعة فالعبرة بثمنها الحقيقى الذى بيعت به • وان كان غير متفق مع قيمتها الحقيقية • فاذا كان الجار شريكا على الشيوع فى الأرض المجاورة هو طالب الشفعة وحدة فان العبرة هى قيمة حصته الشائعة وحدها • لابقيمة الأرض الشائعة كلها • لأن هذه الحصة هى حالئذ الأرض المشفوع بها (٢) •

ثانيا : **الشروط التى يجب توافرها فى الشفيع :**

أوجب المشرع فى المادة ٩٣٦ مدنى شروطا يجب توافرها فى الشفيع بالاضافة التى توافر شروط الشفعة السابقة ويفهم هذا ضمنا من النص " مالك الرقبة ـ الشريك فى الملك الشائع • الجار المالك • مالك الرقبة فى الحكر " أى لابد أن يكون الشفيع مالكا وقت البيع

(١) راجع المادتين ٤ ، ١٥ من القانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢ •
(٢) راجع د/ البدراوى ، المرجع السابق ص ٣٦٠ •

واستثناء من ذلك خول طلب الشفعة لصاحب حق الانتفاع وللمحتكر اذا بيعت الرقبة • ولايشترط أن يكون الشفيع مالكا لكل العين التي يشفع فيها • بل يكفي أن يكون شريكا فيها • فيشترط أن يكون الشفيع أهلا لهذا التصرف • فيجوز للأب أن يأخذ بالشفعة نيابة عن ابنه القاصر • أما اذا كان الولي الشرعي " الجد " فلابد له من الحصول مسبقا على اذن المحكمة للأخذ بالشفعة نيابة عن الصغير • وتطبق ذات الأحكام على الوصي والقيم ووكيل الغائب (١) فالمعول عليه في الشفيع حتى يمكن الأخذ بالشفعة لابد من توافر شروط ثلاثة هي :

١ - **أن يكون الشفيع مالكا وقت البيع :**

يجب أن يكون الشفيع مالكا لما سفع به وقت البيع • فلما كانت شروط الشفعة يجب أن تتوافر وقت بيع العقار المشفوع فيه • تعين أن يكون الشفيع مالكا لما يشفع به وقت هذا البيع سواء كان ملكية تامة أو شائعة (٢) أو اقتصرت على حق الانتفاع أو الرقبة أو الحكر فلا يقبل طلب الشفعة الا اذا كان ملم الشفيع لما يشفع به سابقا وجوده وثبوته على شراء العقار المشفوع فيه الذي يراد أخذه بالشفعة (٣) فاذا فقد الشفيع ملكيته للعقار الذي يشفع به بأي سبب

---

(١) راجع المادتين ٤، ١٥ من القانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢•

(٢) راجع د/ البدراوي ، المرجع السابق ص ٣٦٠•

(٣) راجع د/ جمال زكي ، المرجع السابق ص ٤٣٨•

من الأسباب كبيعه أو وقف سقط حقه فى الأخذ بالشفعة لعدم كونه مالكا وقت بيع العقار والمشفوع منه ولاثبوت للشفعة أيضا بما يتجدد ملكه للشفيع بعد بيع العقار المشفوع فيه لأنه لم يكن مالكا وقت البيع • فحق الشفعة ينشأ بسبب بيع أحد العقارات وفى وقت هذا البيع ولمصلحة من تتوافر فيه شروط الأخذ بالشفعة وقت ذلك (١) • ويستطيع الشفيع اثبات ملكيته أسبقية ملكيته على العقد بكافة طرق الاثبات • فاذا احتج عليه المشترى بتاريخ عقده غير الثابت رسميا • كان للشفيع أن يثبت أن هذا التاريخ المعرض انما قدم غشا ليكون سابقا على ملكية العقار المشفوع به بقصد حرمانه من الشفعة • ذلك أن البيع يعتبر بالنسبة للشفيع واقعة مادية يستطيع اثبات تاريخها بكافة الطرق ولكن التساؤل الذى يثور بهذه المناسبة هو هل يشترط أن يكون سند ملكية الشفيع مسجلا ؟ الراجح فقها وقضاء أن الشفيع اذا كان يستند فى ملكيته الى تصرف من التصرفات التى لاتنتقل الملكية الا بتسجيلها فانه يجب أن يكون سنده مسجلا وقت انعقاد بيع العقار المشفوع فيه • وذلك على آساس أنه يجب أن يكون الشفيع مالكا وقت البيع • ولاتقبل الشفعة ولو كان الشفيع قد قام بتسجيل سنده قبل تسجيل البيع الذى يشفع فيه • اذا العبرة هى بملكية الشفيع وقت هذا البيع لا بآسبقية ملكيته على

---

(١) راجع د/السنهورى ،الوسيط جـ ٩ فقرة ١٧٠ عكس ذلك محمد على عرفة جـ ٢ فقرة ٢٧٤•

انتقال الملكية للمشترى [١] ولايكفى أن يكون الشفيع قد سجل صحيفة دعوى صحة التعاقد • طالما كان العقد لم يسجل قبل البيع الذى يشفع فيه •ولايعدو تسجيل الصحيفة سوى حماية المشترى من تصرفات البائع الاحقة للتجسيل وانما الذى ينقل الملكية هو تسجيل الحكم النهائى • وقد أجازت محكمة النقض المصرية فى أحد أحكامها للمشترى بعقد غير مسجل اذا قام ببناء على هذه الأرض المشتراه أن يشفع فى العقار المجاور ليس بصفته مالكا لهذه الأرض • وانما على أساس ملكيته للبناء [٢] وأما اذا كان سند ملكية الشفيع هو وضع اليد سواء المدة الخمسية أو الطويلة فيشترط أن تكون مدة التقادم قد اكتملت له قبل تاريخ انعقاد البيع الذى يشفع فيه [٣] •

٢ - استمرار ملكية الشفيع حتى ثبوت الحق فى الشفعة :

يجب أن يظل الشفيع مالكا حتى يتملك العقار المشفوع فيه اما بالاتفاق أى التراضى أو بصدور حكم نهائى فى ثبوت الشفعة فاذا باع العقار الذى يشفع به أو قام بوقفه أثناء سير الدعوى لايقضى له بالشفعة • وكذلك اذا كان الشفيع جارا مالكا على الشيوع ثم وقعت له القسمة واختص بجزء مفرز غير ملاصق لأنه لم يعد جارا مالكا

---

(١) راجع نقض مدنى ١٩٤٩/١٢/٨ مجموعة النقض ١ رقم ٢٢ ص ٧٩•

(٢) راجع نقض مدنى ١٩٥٠/٢/١٢ مجموعة النقض ١ رقم ٤٨ ص ١٦٦•

(٣) راجع د/ البدراوى ، المرجع السابق ص ٣٦٣•

ولكن ماحكم المالك تحت شرط فاسخ أو واقف ؟ وما الحكم أيضا اذا كان سند الملكية باطلا أو قابلا للابطال ؟ ولايمنع تعليق الملكية على شرط فاسخ • فيجوز لهذا المالك طلب الشفعة شريطة تحقيق الشرط الفاسخ قبل الحكم بالشفعة • أما اذا حدث ذلك بعد الحكم بالشفعة • فمزحت العثن التي شفع بها من تحت يده • فان ذلك لايؤثر على الشفعة • اذ أنه تملك العقار المشفوع نهائيا • ولايهم بعد ثبوت الشفعة رضا أو بحكم قضائى زوال ملكية العين المشفوع بها بعد ذلك (١) أما فى حالة المالك المعلقة ملكيته على شرط واقف • فهو لايعتبر مالكا لأنه ليس مالكا فى الحال • ولايستطيع من ثم طلب الشفعة (٢) •

أما سند المالك الباطل لايجيز له طلب الشفعة • لأن العقد الباطل كما هو معلوم معدوم الاثر • وأما اذا كان هذا السند قابلا للابطال • فانه لايمنع الشفيع من طلب الشفعة بصفته مالكا • فهذا العقد قانونا صحيحا وقائما يتملك به الشفيع • وانما يشترط لذلك الا يحكم ببطلان هذا العقد قبل الحكم بالشفعة بصفة نهائية •

---

(١) راجع نقض مدنى ٢٣/١١/٩٥٠ مجموعة النقض السنة الثانية رقم ١٥ص٧٤ •

(٢) راجع د/ البدراوى ، المرجع السابق ص ٣٦٥ •

٣ — ألا يكـون الشفيع ممنوعا مـن الأخـذ بالشفعة بالاتفاق أو بنص القانون :

المنع مـن الأخـذ بالشفعة قد يكـون بارادة الشخص وقد يكون رغما عنه بنص القانون • فقـد أجـاز المشرع فى المادة ٩٤٨ مدنى لمن توافـرت فيه شروط الأخـذ بالشفعة أن ينزل عنهـا فيمتنع عليه عندئذ طلبهـا • فطالمـا نزل الشخص عن هـذا الحـق فانه لايحق له طلب الأخـذ بالشفعة بعد هـذا النزول • اذ أن هـذا النزول يسقط حقـه فى الأخـذ بالشفعة • وسوف نعود الى ذلك تفصيلا عند الحديث عـن مسقطات الشفعة لاحقا • وهـذا هـو المنع الادارى • أمـا المنـع اللاارادى الذى يكـون بنص فى القانـون • فسوف نعرض له فى البحـث المخصـص لموانـع الشفعة تفصيلا • ولكننا نكتفى هـذا بمعالجـة حظـر القانون على بعض الأشخاص شراء بعض الأموال •فهـل تنطبق عليهم أحكـام الشفعة أى أنهـم يمنعـون أيضا حـق الأخـذ بالشفعة ؟ وهـذه الأحـوال المنصوص عليها فى المـواد : ٤٧١ مدنى والخاصـة بحظر شراء القضاة وأعضاء النيابة والمحاميـن وكتبة المحاكم والمحضرين شراء الحقـوق المتنازع عليها فى دائرة المحاكـم التى يشتغلون بها " • وكذلك المـادة ٤٧٩ مدنى والخاصة بتحريـم النائب عن الغـير بموجب الاتفاق أو نص القانـون أن يشـترى لنفسه ماكلف ببيعه • وكذلك المـادة ٤٩٠ مدنى والخاصة بالحظـر على السماسرة والخبراء أن يشترط الأمـوال المعهـود اليهم فى بيعهـا أو فى تقدير قيمتها • تنازع الاجابة على هذا التساؤل اتجاهاين ،فـى

الفقة المصـرى فذهب الاتجـاه الأول أنه من الظلم منع هـؤلاء٠٠٠ الأشخاص مـن الأخـذ بالشفعة لهـذه الحقوق والأموال محـــل البيع لأن ظاهــر النصوص خاصـة بالشراء فقـط ٠ والتملـك بالشفعة لايتدرج تحـت مفهـوم هـذا الشراء (١) ٠ وعلـى العكس مـن ذلك ذهـب أنصـار الاتجاه الثانى (٢) ٠ الى أنه لايجـوز لهـؤلاء الأشـخاص الأخـذ بالشفعة وذلك لسببين أولا :أن المادة ٩٤٥ مدنى نصت على أنه " يحـل الشفيع قبل البائع محـل المشترى فى جمـيع ماله من حقـوق والتزامات " وهـذا النـص يعنى أن الشفيع يصـير مشتريا بدل المشـترى ٠ فاذا كـان ممنوعـا من الشـراء بالطريق المباشـر ٠ فيجب أن يكـون ممنوعا أن يشتريه بالطريق غير المباشـر عن طريق الشفعـة والسبب الثانى : أن الحكمة من المنع قائمة فى حالة الشفعة كمـا هـو الحال فى الحرمان من الشراء وهى نفى مظنه التلاعب والشبهات حـول هـؤلاء الأشخاص ٠ والقـول بغير ذلك يؤدى الى التواطـؤ وتفويت المصلحـة التـى قصـد الشارع رعايتهـا من هـذا المنع فى النصـوص سالفة الذكـر ٠

---

(١) راجع د/محمد كامل مرسى ج٣ فقرة ٢٦٨ـ د/شفيق شحاته فقرة ٢٥٥

(٢) راجع د/ اسماعيل غانم ص ٧٨ ، د/ منصور مصطفى فقرة ١٣٦ ، د/ الصـدة فقرة ٢٩٩٠

الفـــرع الثانـــي

البيـــوع التى تجيـــز الشـــفعة

حـــدد المشرع فى المادة ٩٣٥ مدنى الشفعة لاتجوز الا فـــــــى بيع العقار الحلول محـــل المشترى " فبيع العقار وحده الذى يجيز فـــــى الأصل الأخـــذ بالشفعة • فاذا بيع العقار قام الحق فى الشفعة لأشـــــخاص حـــددهم المشرع هـــم الشفعـــاء ومن ثم يأتـــى البحث فى هذا الفـــــــرع منقســـما الى مايلى :

أولا : لا شـــفعة الا فـــى البيـــوع

لقـــد وضع المشرع القاعدة العامة وهى أن بيع العقار وحده هو الـــذى يقيم الحـــق فى الشفعة • ومع ذلك يوجـــد استثناء على هذه القاعدة من أن هناك بيوع صحيحه لايجـــوز فيها الأخـــذ بالشفعة • وسوف نعرض للقاعـــــدة ثم الاستثناء الوارد عليها •

(أ) الشفعة قاصـــرة على البيع فى العقـــار :

يتضح من النص الوارد فى المادة ٩٣٥ مدنى " بيع العقار " أنـــــه يجب لقيام الحق فى الشفعة أن يوجـــد بيع للعقار • فـــــاذا كـــان البيع منقولا فلا شفعة فيه (١) • وانما يثبت حق الأســـــترداد للشريك على الشيوع اذا باع شريك آخـــر فى المنقول أو فى مجمـــوع

---

(١) راجع د/ طلبه وهبه خطاب الشفعة فى المنقول عام ١٩٩٠ •

من المال حصته الشائعة . ومن ثم اذا بيعت حصة شائعة في سفينه أو سيارة نقل أو منقول بحسب المال " بناء معدم للهدم" لايكون لشريك آخر أن يأخذ هذه الحصة المبيعة بالشفعة أما بيع البناء الذى لايكون ملكا لصاحب الأرض بل كان ملكا للمحتكر أو بيع طابق في منزل مقسم الى طبقات فلا يعتبر بيع منقول بل هو بيع للعقار يجوز فيه الأخذ بالشفعة اذا توافرت شروطها القانونية ويدخل العقار بالتخصيص مع العقار الذى رصد لخدمته أو الاستغلاله وترد عليه الشفعة اذا بيع هذا العقار تبعا له أما اذا بيع وحده دون العقار . ورد البيع على منقول فلا يجوز الأخذ بالشفعة (١) . فلا يصح الشفعة من الموهوب له . اذا الشفيع يحل محل المشترى في مقابل الثمن . ولاثمن الا في البيع (٢) ولايجوز الشفعة أيضا في المقايضة والا كان فيه اجبار المالك خلافا لما أراده على تقاضى قيمة العقار الذى قايض به بدلا من العين التى قايض عليها (٣) . ولاتثبت الشفعة في الوصية أو في الهبة حتى ولو كانت بعوض للواهب أوغيره مادامت هبة حقيقية وكانت هبة مستترة في بيع (٤) أو تضمنها بيع كالبيع بنصف القيمة

---

(١) راجع د/محمد كامل مرسى جـ٣ فقرة ٢٢٤، د/السنهورى جـ٩ فقرة ١٦٨ د/ محمد على عرفه فقرة ٢٧٤.

(٢) راجع د/ الصدة فقرة ٢١٧ ، د/ جمال زكى ص ٣٩٨.

(٣) راجع د/ السنهورى ، الوسيط جـ٩ فقرة ١٧٠.

(٤) راجع استئناف مختلط ١٩١٠/١٢/٢٢، مجلة التشريع والقضاء السنة ٢٢ ص ٨٩.

بقصد التبرع للمشـــترى [١] ولاتجــوز الشفعة فى الصلح • فـانا دفع أحـــد المتنازعين فى ملكية عقار مبلغا من النقود الى الآخـــر فى مقابل نزوله عـــن إدعائه بملكيته • لايجـــوز أن يؤخـــذ العقـــار المتصالح عليه بالشفعة لأن الصلح عقد مقرر للملكية [٢] كما لاتجـوز الشفعة فى القسمة اذ القســـــمة كاشفة عن الملكية وليست ناقلة لها كمـا سبق ايضاح ذلك عند الحديث علــــى الأثـر المترتب على القسمة • فاذا اقتسم الشـــريكان العقار المملوك لهمـــا شيوعا قسمة عينيه أو آل الى أحدهما فى قسـمة التصفية • لايجوز أن يؤخـــذ الجــزء المفرز أو العقار بالشفعة [٣] كما لاتجــوز الشفعة فى الشركــــــة اذا كانت حصة أحــد الشركاء عقارا ولو دفع لها الشفيع قيمته نقدا • لأن الشركة انما تعاقدت على هذا العقار بالذات وقد لاترضى بقيمته بديلا عنه [٤] كمـــا لاتجــوز الشفعة أصلا فى الوفاء بمقابل • اذا قدم المدين لدائنه فى مقابـــل دينه • لأن فى الوفـــاء بمقابل معنى استيفاء الدين • وقد لايتضـــــى الدائن الا بالعقـــار بالذات فى مقابل دينه • وانمـــا تجوز الشفعة فـــى المقايضة اذا كانت بمعدل نقدى تكون قيمته أكبر بكثير من قيمة البـــــدل الى حـــد يحمل على الاعتقاد بأن العقد فى الواقع بيـــع مســـــــتور فى صورة مقايضة [٥] فالشفعة اذا قاصـــرا على البيـــع • فالبيع وحده هـــو

---

(١) راجع نقض مدنى١/٣/١٩٤٥مجموعة عمر ج٤ص٥٨٠"بيع صادر من الاملاك الاميرية لصالح صغار الزراع تساهلت معه فى الثمن •

(٢) راجع نقض مدنى ٢٧/١١/١٩٤٧مجموعة أحكام النقض ج٥ص٤٨٩"نصوص الشفعة صريحة فى قصرها على بيع العقار دون الصلح "•

(٣) راجع د/ الصده ،المرجع السابق فقرة ٣٠٥•

(٤) راجع د/ السنهورى ، المرجع السابق ص١٠٠١ اهـ

(٥) راجع د/محمد كامل السنهورى ،المرجع السابق فقرة ٢٩٠،د/البدراوى فقرة ٤٣٠•

الذى يقيم الحق فى الشفعة [١] ولو كان هذا البيع معلقا على شرط واقف أو فاسخ لأنه فى الحالتين موجودا على خطر الزوال [٢] وعلى الشفيع أن يطالب بالشفعة مراعيا مواعيدها من وقت ابرام البيع • ويحل الشفيع محل المشترى فى البيع المعلق على شرط • فاذا تخلف الشرط الفاسخ باتا واستقرت الملكية من تاريخ ابرامه استناد الى فكرة الأثر الرجعى للشرط • واذا تحقق الشرط الواقف فقد البيع وارتد نفاذه الى وقت قيامه • وفقدت معه الشفعه أما اذا تحقق الشرط الفاسخ زال البيع منذ ابرامه وتزول معه الشفعة• ويجوز أن يكون البيع قابلا للابطال [٣] فهو بيع صحيح الى أن يتقرر الابطال فاذا تقرر ابطاله زال البيع منذ تاريخ ابرامه وزالت معه ملكية الشفيع عن العقار التى تعود الى بائعه • ويعتبر التقابل فسخا للعقد [٤] فاذا تقابل المتبايعان قبل الشفعة زال البيع ويعتبر كأن لم يكن ولايستطيع الشفيع اذن الأخذ بالشفعة لانعدام البيع • على أن هناك البعض فى الفقه يرى أن التقابل يعتبر بيعا جديدا من المشترى الى البائع يعقب البيع الذى صدر من هذا الأخير الى المشتري • ويكون الشفيع تبعا لهذا أن يطلب الشفعة فى البيع الثانى • لو سقط حقه فى البيع الأول •ولكن البيع الباطل لايقيم الحق فى طلب الشفعة لانعدامه القانونى • وكذلك الأمر

---

(١) راجع د/ جمال زكى ص٤٠٢ "تجوز الشفعة فى جميع بنود العقد" •

(٢) راجع د/عبدالفتاح عبدالباقى فقرة٣٤١ ونقض مدنى ١٩٢١/١١/٢٩ •مجموعة أحكام النقض لاسنة ٣ ص١١٧ •

(٣) راجع د/ عبدالسلام ذهنى فقرة ٥١٥ •

(٤) راجع نقض مدنى فى ١٩٤٥/٣/٢٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٥ رقم ١٠٥ ص ٦٦١ •

فى البيع الصورى لايستطيع الشفيع لكى يطالب بالشفعة التمسك بالعقد الظاهر ولو كان حسن النيه لأنه لايعتبر غيرا فى الصورية [(١)].

وعلى ذلك اذا باع المالك عقاره بيعا صوريا لمشتر ثم حرر له ورقة ضد . وأراد الشفيع أن يأخذ بالشفعة هذا العقار يجوز الاحتجاج عليه بورقة السند هذه وان كان حسن النيه وبأن البيع صورى لاوجود له. فلا يجوز فيه بالشفعة [(٢)] ولكن محكمة النقض ذهبت عكس ذلك [(٣)] فقضت " أن الشفيع يعتبر من طبقة الغير بالنسبة لطرفى عقد البيع سبب الشفعة . يوجوز له من ثم التمسك بالعقد الظاهر متى كان حسن النيه " ولكن ماذهبت اليه محكمة النقض فى هذا القضاء يتعلق بالصورية النسبية التى تقتصر على بعض بنود العقد . ولا يتعلق بالصورية المطلقة وانكان الأساس الذى تستند اليه وهو اعتبار الشفيع من الغير يؤدى الى الاعتراف له بالشفعة فى حالة الصورية المطلقة متى كان حسن النية . فلا يجوز أن يحتج عليه بانعدام البيع . كما لايجوز الاحتجاج عليه بأنه فى حقيقته هبة أو رهن ونرى أن هذا القضاء فيه مخالفة لنص المادة ١/٢٤٤ مدنى التى تحدد الغير فى الصورية بدائنى المتعاقدين والخلف الخاص . وليس الشفيع أى منهما والصحيح هو أن الشفيع لايستطيع التمسك بالثمن الصورى لأنه من الغير. ويسرى عليه الثمن الحقيقى متى ثبت وجوده . وعلى الشفيع أن يثبت البيع وقيامه

---

(١) راجع د/ جمال زكى ،الوجيز فى نظرية الالتزام فقرة ٥٨" الغير فى الصورية " .

(٢) راجع د/ السنهورى المرجع السابق ص ٤٩٨.

(٣) راجع نقض مدنى ١٩٥٤/٣/٢٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٥ ص٦٣٥

بعد أن توافرت فيه شروط الشفعة وظل قائما الى حين طلبها . ويكون له هذا الاثبات بكافة طرق الاثبات . لأنه لم يكن طرفا فيه . فهو يعتبر واقعة مادية [1] فيجوز له اثبات صورية العقود أنه فى حقيقته بيع قصد اعطائه تكييفا آخر تعطيلا لحقه فى الأخذ بالشفعة [1].

لكن هناك مسألة هامة يجب التعرض لها بشىء من التفصيل نظرا لأنها تشكل معظم المشاكل العملية أمام القضاء وهى هل تجوز الشفعة فى البيع غير المسجل ؟

ترتب على قانون الشهر العقارى أن الملكية العقارية لاتنتقل بين المتعاقدين أو الغير الا بالتسجيل بحيث أصبح العقار المبيع ملكا للبائع الى حين التسجيل . ومن هنا ثار البحث حول أثر ذلك على جواز حق الشفيع فى طلب الشفعة بغير تسجيل لهذا البيع . فذهب البعض [2] الى أن الشفعة لاتثبت الا فى البيع الصحيح الذى يخرج المبيع من ملك البائع . ويجب توجيه طلب الشفعة الى شخص تجتمع فيه صفتا المشترى والمالك [3]. وذهب البعض الآخر [4] الى جواز الشفعة فى البيع غير المسجل . لأن دعوى الشفعة توجه الى البائع والمشترى . ويصدق هذا على طرفى عقد البيع حتى ولو لم يكن مسجلا . وأستلزام التسجيل يؤدى الى تعطيل

---

(١) راجع د/ البدراوى فقرة ٤٢٩ ، د/محمد على عرفه جـ٢ فقرة ٢٧٠ يؤيدان مذهب محكمة النقض سالف الذكر .

(٢) راجع د/ محمد كامل مرسى جـ٣ فقرة ٣٤٠ ، عرض الحجج التى سيتند اليها هذا الرأى .

(٣) راجع د/ جمال زكى ص ٤٠٧ هامش ٤ .

(٤) راجع د/ عبدالسلام ذهنى فقرة ٥١١ .

قيام الحق فى الشفعة وانتقل هذا الخلاف الى ساحات المحاكم [(١)] الى أن الشفعة غير جائزة فى البيع غير المسجل . لأن الشفعة انما شرعت لدرء الضرر عن الشفيع من شريك أو جار لايرتاح اليه . ومادام البيع لم يسجل فانه لاينقل الملكية ولايمكن أن يتولد حق فى الشفعة . بينما ذهبت غالبية أحكام القضاء الى أن البيع الحاصل بعقد عرفى غير مسجل هو عقد صحيح يترتب عليه نتائج قانونية منها جواز طلب الشفعة لأن الشفيع يحل محل المشفوع منه فى واجباته وحقوقه التى منها الحق الشخصى بالزام بائعه بنقل الملكية اليه . ولم يستلزم القانون الصحة دعوى الشفعة أن توجه الى المالك الأصلى والمالك الجديد . بل ترفع ضد البائع والمشترى . وقد قضت بذلك محكمة استئناف مصر المجتمعة فى حكم شهير لها بتأييد هذا القضاء [(٢)] . وذكرت أسباب ذلك أن نقل الملكية ليس ركنا فى العقد وانما هو أثر من آثاره . وأن التسجيل شرع لصالح المشترى وحده . فلا يمكن أن يؤدى التراضى فى القيام بالتسجيل من جانبه الى تعطيل حق ذوى الشأن قبله . واذا قيل أن الشفيع لايملك حق الشفعة الا من تاريخ التسجيل نكون قد وسعنا فى حق الشفعة وضيقنا فى مسقطاتها على خلاف نصوص القانون . ولأنه لاضرر على المشترى من استعمال حقه فى الشفعة قبل التسجيل . لأن الشفيع انما يحل محله فى البيع بشروطه . وقد أرست محكمة النقض هذا المبدأ

---

(١) راجع استئناف مصر ١٩٢٦/٦/١٠ المحاماة السنة ٧ رقم ١٥٤ص٢١٤.

(٢) راجع استئناف مصر الدائرة المجتمعة ١٩٢٧/١٢/٣ المحاماة السنة ٨ ص ٢٩٨.

القانونى بالقضاء أنه يجوز الأخذ بالشفعة فى البيع غير المسجل وأنه لايمكن تعليق الحق فى الشفعة على تسجيل العقد أو القول بتولده من يوم تسجيل العقد فقط ٠ وأنه لايشترط قانونا فى البيع الذى يجوز فيه الشفعة أن يكون بعقد مسجل أو ثابت التاريخ (١) ولما كان مايطلق عليه عملا بعقد البيع الابتدائى ٠ فهو فى واقع الآمر بيع بات ٠ وان كان لم يراع فى تحريره الآوضاع التى يستلزمها تسجيله ٠ فان هذا الوصف لايمنع قيام الحق فى الشفعة ٠ وتسرى مواعيد الشفعة من وقت ابرامه ـ فاذا فوت الشفيع هذه المواعيد بعد علمه بالعقد الابتدائى أو نزل عن الشفعة فيه٠ لايجوز له الأخذ بالشفعة فى البيع النهائى الا اذا اختلفت شروطه عن شروط عقد البيع الابتدائى وخصوصا اذا نقص الثمن (٢)٠٠

الشفعة عند توالى البيوع :

قد يبيع المشترى العقار الى آخر قبل أن يؤخذ فيه بالشفعة فهنا يثور البحث فى البيع الذى يجيز طلب الشفعة هل هو البيع الأول أ البيع الثانى ؟ للاجابة على هذا التساؤل لابد فى التفرقة بين ماللا كان البيع الثانى قد أبرم بعد تسجيل اعلان الرغبة فى الشفعة أم قبل هذا التسجيل ٠

---

(١) راجع نقض مدنى ١٩٤٥/٢/١٥مجموعة أحكام النقض جـ٤ رقم٢٠٩ ص ٥٢٨٠

(٢) راجع د/ السنهورى الوسيط جـ ٩ ص ٥٠٢٠ي

أولا : **بيـع العقار بعد تسجيل اعـلان الرغبة فى الشفعة :**

اذا قام المشترى ببيع هذا العقار المشفوع فيه بعد تسجيل اعـلان الرغبة فى الشفعة لايكـون هـذا البيع حجة على الشفيع • الذى يستطيـع تجاهله • والسير فى اجراءات الشفعة فى البيع الأول • وأخـذ العقـار بالشفعة وفقا لشروطه (١) على أن عـدم سريان البيع الثانى على الشفيع مقـرر لمصلحته وله من ثم اذا شاء أن يتمسك به • ويطلب الشفعة طبقا لـه اذا كان فيه مصلحة بأن كان أيسـر فى شروطه أو أقل فى ثمنه • علـى أن يتخـذ شروط الشفعة فى مواعيدها فى مواجهـة المشترى الثانى (٢) •

ثانيا : **بيـع العقار قبل تسجيل اعلان الرغبة فى الشفعة :**

أما اذا بيع العقار مرة أخـرى قبل تسجيل اعلان الرغبة فى الشفعـة كـان البيع حجـة على الشفيع الذى لايستطيع الأخـذ بالشفعة الا فى هـذا البيع الثانى دون البيع الأول وبالشروط الواردة فيه (٢) وفى المواعيد المقررة قانونا للشفعة • وعليه توجيه اجراءات الشفعة الى المشترى الأول والمشـترى الثانى الذين يقوم بينهما البيع الثانى الذى يأخـذ فيه بالشفعة • ولاشـأن بها للبائع الأول (٣) • فاذا كـان البيع الثـانى لايجوز فيه الآخذ بالشـفعـة كبيع المشترى لأحـد أقاربه أو أصهـاره الذين لايجـوز الأخـذ منهم بالشفعة •

---

(١) راجع د/الصده فقرة ٣٢٠، د/محمدكامل مرسى جـ٣فقرة ٣٢٤، د/البدراوى فقرة ٤٧٦ •

(٢) راجع نص المداة ٩٣٨مدنى"نقد لصياغة المادمزد/محمدعلى عرفهجـ٢ص٤٩١ "العبرة بكون البيع أبرم قبل تسجيل اعلان الرغبة •

(٣) راجع نقضمدنى٢٨/٥/١٩٥٣مجموعة أحكامالنقضالسنة٤ص١٠٩٠ •

امتنع على الشفيع الآخذ بها حتى ولو كانت الشفعة جائزة فى البيع الأول اذ هو لايستطيع طلب الشفعة فى البيع الأول ، لأن البيع الثانى حجة عليه ولايجوز له أن يطلبها فى البيع الثانى لأنه لاشفعة فيه [١]. يجوز للشفيع أن يقيم الدليل بكل طرق الاثبات على أن البيع الثانى صورى قصد به منعه من الأخذ بالشفعة [٢] فاذا نجح فى الاثبات يجوز له أن يأخذ بالشفعة فى البيع الأول بشروطه ومواعيد الشفعة [٣].

ب – **استثناء من القاعدة " بيع لايجوز الأخذ فيه بالشفعة ":**

أوجب المشرع استثناء رغم وجود بيع عقار الا أنه يمنع الأخذ بالشفعة ، وذلك لاعتبارات قانونية أو اجتماعية أو اقتصادية أو دينيه وهذه الحالات واردة فى المادة ٩٣٩ مدنى لايجوز الأخذ بالشفعة ،

أ – اذا حصل البيع بالمزاد العلنى وفقا لاجراءات رسمها القانون ،

ب – اذا حصل البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب للدرجة الرابعة أو بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية ،

جـ – اذا كان العقار قد بيع ليجل محل عباده أو ليلحق بمحل عباده

---

(١) راجع د/ السده ، المرجع لاسابق فقرة ٣٨٨ ،د/عبدالفتاح عبدالباقى فقرة ٢٨٢ ،د/محمدكامل مرسى فقرة ١٠ ٥ج، ٥١٥ ،

(٢) استئناف مختلط ١٩٢٣/٢/١٣ مجلة التشريع والقضاء ص٢١٢ "جواز توجيه اليمين الحاسمه للمشترى الثانى لاثبات صورية البيع" ،

(٣) راجع د/ محمد كامل مرسى، المرجع السابق ج٣ فقرة ٥١٣،د/الصدة المرجع السابق فقرة ٣١٨ ،

د - ولايجوز للوقف أن يأخـذ بالشفعة ٠

وسوف لا نتولى تفصيل هذا الاجمال فى هذا المقام لأننا سوف نعرض له تفصيلا عند الحديث عن موانع الأخـذ بالشفعة فى القانون المدنى وغيره من القوانين الأخرى ٠

الفـرع الثالث

فض التزاحم بين الشفعاء

تمـهيد :

قد يتعدد الفقهاء ويطلبون كلهم أو بعضهم الأخـذ بالشفعة ٠ ومثل ذلك لو باع شريك ملكية الرقبة حصته الشائعة ٠ فطلب أخذها بالشفعة باقى الشركاء فى الشيوع وصاحب حق الانتفع وجاران له فهذا يعنى تزاحم الشفعاء على طلب الشفعة ٠ فأى هـؤلاء يفضل على غيره ٠ وهل هناك من معيار أو طريق يفض هذا التزاحم ٠ وهل التزاحم وارد فى النظام القانونى للشفعة ؟ بالفعل نظم المشرع المصرى هـذا التزاحم فى المادة ٩٣٧ مدنى٠ ووضع أيضا معيارا قانونيا يجب اللجـوء اليه لفض هـذا التزاحم وهـذا ماسنتولى تفصيله على النحـو التالى :

أولا : تزاحم الشفعاء :

لقد أوردنا سلفا نص المادة ٩٣٦ مدنى فى الفقرات أ - ب - ج - د - هـ الذى حدد مراتب الشفعاء ترتيبا تنازليا . يجعل كل فئة من هؤلاء الشفعاء طبقة تعلو الأخرى . فجعل فى الطبقة الأولى: مالك الرقبة اذا بيع حق الانتفاع . والطبقة الثانية الشريك الشيوع اذا بيع شيء من العقار الشائع الى أجنبي والطبقة الثالثة : صاحب حق الانتفاع اذا بيعت الرقبة . والطبقة الرابعة : مالك الرقبة فى الحكر اذا بيع حق الحكر والمستحكر اذا بيعت الرقبة . والطبقة الخامسة : الجار المالك وبعد هذا التحديد لطبقات الشفعاء . فقد تولى المشرع بوضع معيار منضبط لكيفية فض التزاحم بين هؤلاء الشفعاء فجاء نص المادة ٩٢٧ مدنى " اذا تزاحم الشفعاء يكون استعمال حق الشفعة على حسب الترتيب المنصوص عليه فى المادة السابقة . ٢ - واذا تزاحم الشفعاء من طبقة واحدة فاستحقاق كل منهم للشفعة يكون على قدر نصيبه . ٣ - فاذا كان المشترى قد توافرت فيه الشروط التى تجعله شفيعا فى المادة السابقة . فانه يفضل على الشفعاء الذين هم من طبقته أو من طبقة أدنى . ولكن يتقدمه الذين هم من طبقة أعلى " . ويتضح من هذا النص أن المشرع عالج ثلاث حالات .فتناول فى البند ١ فض التزاحم بين الشفعاء من طبقات مختلفة . وتناول فى البند ٢ فض التزاحم بين الشفعاء اذا كانوا من طبقة واحدة . وتناول فى البند ٣ فض التزاحم بين الشفعاء اذا كان المشترى أحدهم . وهذا هو ماسوف نعرض له تفصيلا على النحو التالى :

١ - فض التزاحم بين الشفعاء من طبقات مختلفة :

سبق أن ذكرنا سلفا أن المشرع المصرى فى المادة ٩٣٦ مدنى حدد طبقات الشفعاء فى خمس طبقات هى : الأولى : مالك الرقبة اذا بيع حق الانتفاع .. والثانية : الشريك في الشيوع اذا بيع شيء من العقار الشائع إلى أجنبى والثالثة: صاحب حق الانتفاع اذا بيعت الرقبة . والرابعة: اذا بيع مالك الرقبة فى الحكر والمستحكر اذا بيعت الرقبة . والخامسة : الجار المالك - فاذا تزاحم هؤلاء الشفعاء من هذه الطبقات المختلفة على النحو السالف بيانه . فقد قرر المشرع فى المادة ٩٣٧ بند ١ كيفية فض هذا التزاحم فيما بينهم . بأن تكون الأفضلية لصاحب الطبقة الأعلى على من سواه . ولتوضيح ذلك . فاذا باع الشريك حق الانتفاع حصته فيه . وطلب بالشفعة مالك الرقبة وشريكه فى حق الانتفاع كانت الأفضلية لمالك الرقبة . واستقل وحده بالأخذ بالشفعة . وأساس ذلك أنه فى الطبقة الأولى أما الشريك فهو فى الطبقة الثانية . واذا باع الشريك فى الرقبة حصته فيها . وطالب بالشفعة شريكه فيها وصاحب حق الانتفاع والجار . فان الأفضلية للشريك فى الشيوع وله وحده دون باقى غيره من الشفعاء الأخذ بالشفعة . وأساس ذلك أنه فى الطبقة الثانية . على حين أن صاحب حق الانتفاع فى الطبقة الثالثة والجار فى الطبقة الخامسة . واذا بيعت الرقبة وطالب بالشفعة صاحب حق الانتفاع والجار كانت الأفضلية لصاحب

.../..

حـق الانتفاع ٠ لأنه فى الطبقة الثالثة على حين أن الجـــار فى الطبقة الخامســة [(١)] ٠

٢ _ فـض التزاحم بين الشفعاء من طبقة واحـــدة :

اذا تعدد الشفعاء من طبقة واحـدة فقد وضع المشرع فى المادة٢/٩٣٧ مدنــى معيارا لفض التزاحم فجـاءت الفقـرة الثانية " اذا تزاحـــم الشفعاء من طبقة واحــدة ٠ فاستحقاق كـل منهم للشفعة يكون علــى قــدر نصيبه كأن يكـون للرقبة عدة ملاك فى حالة حق الانتفاع ٠وهم شفعــاء فى الطبقة الأولــى ٠ أو يتعـدد الشركاء على الشيوع فــــى حـالة بيع حصة شائعة فى ملكية تامة أو فى ملكية الرقبة أو حــــق الانتفاع وهــم شفعاء فى الطبقة الثانية ٠ أو يتعدد أصحاب حــــق الانتفاع فى حالة بيع الرقبة وهــم شفعاء فى الطبقة الثالثة أو يتعــدد مالكـو الرقبة فى الحكـر أو أصحـاب حق الحكـر فى حالة بيـــع حــق الحكر أو بيــع الرقبة فيه وهــم شفعاء فى الطبقـــة الرابعـــة أو يتعدد الجيران وهــم شفعاء فى الطبقة الخامســة ٠ واذا تزاحـــم الشفعاء من طبقة واحـــدة فاستحقاق كـل منهم للشفعة يكون علــــى قــدرنصيبه ولاتثور صعوبة ما فى تطبيق ذلك على الشفعاء المتعدديـن أصحاب الطبقات الأربعــة الأولــى ٠ فاذا طلبوا جميعــا الأخـــــذ

(١) راجع الأعمـال التحضيرية جـ ٦ ص ٣٨٥ ، _ ٣٩٤٠

بالشفعة ، اقتسموا العقار المشفوع فيه كل على قدر نصيبه وإذا طلب أحدهم دون البعض الآخر ، أو طلبوا جميعا الشفعة لكن سقط طلب بعضهم لأمر يتعلق بالمواعيد أو باجراءات الآخذ بالشفعة ، هنا يقسم العقار المشفوع فيه كله على الشفعاء طالبوا الأخذ بالشفعة ، أو على الذين كان طلبهم لها صحيحا كل بقدر نصيبه في العقار المشفوع به ، وإذا انفرد أحدهم بطلب لاشفعة أو بصحة طلبه ، أخذ العقار المشفوع فيه كله حتى لاتتجزأ الصفقة في كل العقار المشفوع فيه (١) على أن قسمة العقار المشفوع فيه على الشفعاء كل على قدر نصيبه في العقار المشفوع به ، يتعذر تطبيقها على الجيران عند تعددهم ، لأنهم يختلفون عن غيرهم من الشفعاء في أنهم لايشتركون جميعا في عقار مشفوع به واحد ، فلكل جار عقاره الذي يشفع به ، لايشترك فيه معه غيره من الجيران الآخرين ومما يجدر الاشارة اليه في هذا المقام أن هذه القاعدة الواردة في المادة ٢/٩٣٧ سالفة الذكر لايمكن تطبيقها على حالة تعدد الجيران وتزاحمهم لأنهم لايشفعون بعقار واحد كما قدمنا سالف حتى يأخذ كل منهم بالشفعة بنسبة نصيبه في هذا العقار ، ومن ثم يذهب جموع الفقه المصرى (٢) الى

---

(١) راجع د/جمال زكى ، المرجع السابق ص ٤٤٨=٤٤٩.

(٢) راجع د/السنهورى فقرة٢٤٨، د/الصدهفقرة٢٩٣ ،د/البدراوى فقرة ٢٤٥ د/محمد على عرفه جـ٢ فقرة ٢٥٠، د/جمال زكى ص ٤٤٩.

أنه يجب الرجـوع الى القاعدة القديمة الواردة فى قانون الشفعة السابـق باعتبارها عرفا مستقرا جرى عليه العمل • وهى على كـل حال الحكـم العادل عند سـكوت النص " إذا تعدد الجيران وتزاحمـوا للجـار الذى تعود عليه منفعة من الشفعة أكثر من غيره من الجيران الآخريـن فوفقا لذلك يفضل الجار الملاصق الذى له على البناء أو الأرض المعـدة له وحق ارتفاق على الجـار الذى لاشىء له سوى التلاصق فى الجـوار والجـار الذى على أرضه حق ارتفاق للأرض الزراعية المشفوع فيها • والتى يلاصقهـا من جهتين • علـى الجـار الذى ليس له ارتفاق علـى أرضه أو لأرضه على الأرض المشفوع فيها • وان كـان يلاصقها كذلـك من جهتيه • ويراعى فى كـل الأحـوال عند التفصيل بين الجيـران موقع كـل عقار لكـل منهما • وتخصيصه • وضرورة أو عدم توسيعـه وقضت محكمة النقض بأن " العبرة فى مجال المفاضلة بين الجيـران المتزاحمين فى طلب الشفعة انما هـى بالمنفعة التى تعـود من الأخـذ بالشفعة على ملك كـل منهم المشفوع به دون اعتداد بالمنفعة التـى تعود على ملك كسبه بعد البيع أسـاس الشفعة ودون اعتبـار للفوائد التى قد تعـود عليه شخصيا من الأخذ بالشفعـة (١)

---

(١) راجع نقض مدنى ١٩٥١/١١/٢٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٢ رقم ١٥ ص٧٤ •

٣ - **تزاحم الشفعاء مع المشترى الذى يكون أحدهم :**

تناول المشرع هذا التزاحم فى المادة ٢/٩٣٧ مدنى والتى نصت على " فاذا كان المشترى قد توافرت فيه الشروط التى كانت تجعله شفيعا بمقتضى نص المادة السابقة ٠ فانه يفضل على الشفعاء الذين هم من طبقته أو من طبقة أدنى ٠ ولكن يتقدمه الذين هم من طبقة أعلى " ٠ يتضح من هذا النص سالف الذكر أن المشرع وضع معيارا لنص التزاحم فى هذه الصور وهو مختلف بحسب ما اذا كان المشترى يزاحمه شفعاء أو فى طبقة منه ٠ أو أعلى طبقة منه أو فى ذات الطبقة ٠

(أ) **مزاحمة شفعاء فى طبقة أدنى من المشترى :**

فى واقع الأمر لم يكن المشرع بحاجة الى النص على ذلك فى المادة ٢/٩٣٧ فالفرض هنا أن الشفيع فى طبقة أعلى من باقى الشفعاء وكان من البديهى تطبيق القاعدة العامة سالفة الذكر يفضل الأعلى طبقة على الأدنى طبقة فلا يستطيع أحدهم أن يأخذ بالشفعة فى العقار الذى اشتراه ٠فاذا اشترى مالك الرقبة حصة أحد الشريكين فى حق الانتفاع لايستطيع الشريك الآخر أن يأخذ بالشفعة منه ٠ واذا اشترى أحد الشركاء حصة شائعة لشريك آخر فى الشيوع لايستطيع

الجـار أن يأخـذها بالشفعة منه •

(ب) مزاحمـة شفعـاء فى طبقة أعـلى من المشترى :

اذا زاحم المشترى شفعاء أعلى طبقة منه يكـون بديهيا كذلـك ألا يكـون لواقعة شرائه العقار المشفوع فيه اثر على حقـوق هـؤلاء الشفعاء • ويجب أن يتقدموا عليه ويأخـذوا العقار بالشفعة منه • فاذا باع أحـد الشريكين فى حق الانتفاع حصته الـى الشـريك الآخـر • يجوز لمالك الرقبة أخـذها منه بالشفعـة واذا اشترى الجار حصة شائعة فى العقار المشفوع فيه• يجـوز للشركاء فى الشيوع أخذها منه بالشفعة •

(جـ) مزاحمة الشفعاء من ذات الطبقة للمشترى :

خرج المشرع فى المادة ٣/٩٣٧ مدنى على القاعدة الواردة فـى الفقـرة الثانية وهـى : استحقاق كـل منهم بقدر نصيبه • بأن المشترى فى هذه الحالة يفضل على الشفعاء الذين هم فـى طبقته • وعلى ذلك اذا اشترى شريك فى الشيوع حصة شريـك آخـر • لايجـوز لبقية الشركاء أن يطالبوا فيها بالشفعـة لأن المشترى وهـو شفيع فى ذات طبقتهم يفضل عليهم • ويطبـق البعض فى الفقه ذات القاعدة فـى حالة تزاحـم الجيـران

فة يعلو أحدهم على الآخر لمجرد أن الشفعة تعود على ملكه بمنفعة أكثر [١] . ولكن القضاء فى ظل قانون الشفعة القديم طبق معيار وهو " تصبح العين المشفوع فيها حقا لمن تعود على ملكه منها منفعة أكثر من الآخر [٢] . وقد ذهبت محكمة النقض الى تأييد ذلك وأوجبت " يتعين على محكمة الموضوع أن توازن بين المنفعة التى تعود على المالك الجار الشفيع وتلك التى تعود على الجار المالك المشترى وأن تفضل الأخذ بالشفعة نتيجة هذه الموازنة . ويكون الحكم الذى يغفل هذه الموازنة يكون سببا لمخالفة القانون ويتعين النقض والاحالة [٣] .

---

(١) راجع د/عبدالفتاح عبدالباقى فقرة ٢٦٤، د/الصدة فقرة ٢٩٣ د/السنهورى ج ٩ فقرة ٢٠١.

(٢) راجع استئناف مصر ١٩٢٧/١٢/٦ المحاماة السنة ٨ ص ٤٨٨.

(٣) راجع نقض مدنى ١٩٤٦/١٢/١٢ مجموعة أحكام النقض ج٥ص٢٧٢

الفرع الرابـع

مـوانـع الشـفعـة

تمـهيد :

تناول المشرع هـذه الموانع فى المادة ٩٣٩ مدنى كما سـبق أن أوضحنـا سـلفنا • وهـذه الموانع واردة على سـبيل الحصر لايمكـن القياس عليها • فلا مانع الا اذا كان هناك نص على ذلك •وقد نظم المشـرع هـذه الموانع فى أربعة مواضع فى القانون المدنى وهى الواردة فى عجز النـص سالف الذكـر • ولكنه أورد أيضـا فى قوانين أخرى بعض الموانع • ولاتعتبر قياسا عليها ولكنها حالات نص عليها المشرع فى قوانين خاصة غير القانون المدنـى• ومـن ثم نجـد أنفسـنا أمـام موقف لامفـر منـه وهـو اسـتعراض هـذه الموانع فى القانون المدنى ثم نلى ذكر ذلك فى القوانين الأخرى •

أولا : موانـع الشفعة فى القانون المدنى :

النـص التشـريعى :

نصت المادة ٩٣٧ مدنى لايجـوز الأخـذ بالشفعة :

(أ) اذا حصل بيع بالمـزاد العلنى وفقا لاجراءات رسمها القانون •

(ب) اذا وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقـارب الى الدرجة الرابعة أو بيـن الأصهـار لغاية الدرجة الثانية •

(جـ) اذا كـان العقار قد بيع ليجعل محلا للعباده أو ليلحق بمحل عباده

ولايجوز للوقف أن يأخذ بالشفعة .

(أ) **اذا حصل البيع بالمزاد العلني وفقا لاجراءات رسمها القانون :**

يتضح من نص المادة ٩٣٩/أ مدني أنه لايجوز الأخذ بالشفعة في البيع الذي يتم بالمزاد العلني وطبقا لاجراءات يرسمها القانون . فالمشرع اشترط للمنع الأخذ بالشفعة أن يكون البيع بالمزاد العلني . أي بدعوة راغبي الشراء ليتقدم كل منهم بايجاب يتضمن الثمن الذي يريد الشراء به . ويتم البيع بصدور قبول من متولي البيع لأكبر ثمن معروض . ولكن اذا كان البيع بالمزاد غير العلني . أي عن طريق المظاريف المغلقة حتى لو وضع له القانون اجراءات معينة أجرى البيع وفقا لها لأن البيع اذا كان قد جرى وفقا لاجراءات رسمها القانون . فانها ليست بيعا بالمزاد العلني يستطيع فيه راغب الشراء أن يتابع المزايدة (١) كما يجب بالاضافة الى أن يكون البيع بالمزاد العلني أن يكون طبقا لاجراءات رسمها القانون ولم يحدد المشرع أي قانون يحدد هذه الاجراءات . فيستوي أن يكون القانون المنظم لهذه الاجراءات هو قانون المرافعات أو قانون تنظيم بيع أملاك الدولة الخاصة أو قانون الحجز الاداري . ولايشترط أن يتم البيع تحت اشراف الجهاز القضائي بل يمكن أن يتم أمام الجهات الادارية . ومن

---

(١) عكس ذلك م/عزت حنورة ، بحث مطول في الشفعة يرى أن المنع ينطبق حتى ولو كان غير علنيا ص ١٤٧ .

ثم لاينطبق هـذا المنع على البيع بالمزاد العلنى للعقار الذى يجريه المالك اختيارا وليس جبرا عنه [(١)] . ويمكن أن نستعرض أهـم هـذه البيوع التى ينطبق عليها هـذا المنع وهى : البيع الجبرى الذى يتم عن طـريق قاضى التنفيذ لعقارات المدين كى يستوفـى الدائن حقه . بيع عقار المفلس الذى يتم جبرا عنه تحـت اشراف القضاء ـ بيـع العقار الشائع لتعذر قسمته عينا بناء علـى طلب أحـد الشركاء ـ بيـع عقار عديم الأهلية أو الغائب بطريـق المزاد العلنى ـ بيع عقـار الممول وفاء لمستحقات الضرائب أو رسـوم مستحقة للحكـومة طبقا لقانون الحجـز الادارى رقم ٣٠٨ لسـنة ١٩٦٧ ـ بيع عقار ناقـص الأهلية المأذون ببيعه . وحكمـة المنع فى هذه البيوع . أن الشفيع يستطيع اذا رغب فى شـراء العقار أن يدخـل فى المـزاد الذى يكـون يسيرا عليه أن يعلـم بأمـره لصفقته العلنية من ناحية . ولأن اباحة الأخـذ بالشـفعة يقعـد كثيرا من الأشخاص عن الدخـول فى المـزاد . فلا يتسـنى الحصول على ثمن أعلى للعقار المبيع . حين أن منـع الأخـذ بالشفعة يلزم الشفيع بالمزايدة على الراسى عليه بالمزاد . فيرتفـع الثمن الذى يرسـو به المزاد [(٢)] .

---

(١) راجع نقض مدنى ١٩٧٦/٥/١٧ مجموعة أحكام النقض السنة ٧ رقم ٨٣ ص ٦٠٧ .

(٢) راجع د/ جمال زكـى ، المرجع السابق ص ٤١٦ .

(ب) اذا وقع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب الى الدرجة الرابعة أو بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية :

يتضح من نص المادة ٩٣١/ب مدنى أن البيع لبعض الأقارب يمنع الأخذ **بالشفعة** . فالبيوع التى لاتجيز الأخذ بالشفعة هى : بيع أحد الزوجين للآخر . بيع المالك لأحد أقاربه من الحواشى الى الدرجة الرابعة كأخيه أو أخته وهما فى الدرجة الثانية . أو عمه أو خالته أو ابن أخيه أو ابن عمه أو ابنة خاله . وهما فى الدرجة الرابعة . بيع المالك لأحد الأصهار الى الدرجة الثانية كأب زوجته أو بنت زوجته أو لزوجة ابنه وهم أصهار فى الدرجة الأولى . أو لأخ زوجته أو لزوجة أخيه أو لجد زوجته وهم أصهار فى الدرجة الثانية . ونحيل الى ماتم دراسته فى شأن حساب درجات القرابة بأنواعها الى المادتين ٣٥، ٣٦ مدنى (١) وحكمة المنع هنا قائمة على أن صلة المشترى بالبائع قد لوحظت ضرورة فى هذا البيع . وماكان البائع فى الغالب ليبيع لغيره . كما يعتبر البيع الى كل أولئك صفقه عائلية . يتعين استبعاد الأجنبى منها (٢) انما لايتأسس المنع على هذه الصفة العائلية وحدها . بل يضاف اليها أن هذا البيع يتضمن عادة محاباة للمشترى (٣) ولم يقصد البائع أن يفيد

(١) راجعنا بحث امتيازات القرابة فى نطاق التشريع الخاص بحثنا منشور فى مجلة القانون والاقتصاد، حقوق المنوفية عام ١٩٩٣ .

(٢) راجع عزت حنورة ،بحث مطول فى الشفعة ص ١٥٧ .

(٣) راجع د/ جمال زكى ، المرجع السابق ص ٤٣٤ .

منها سواه ولو كان أدنى قرابة له من المشترى • فلا يجوز للأخ مثلا اذا توافرت له شروط الشفعة أن يأخذ بها عقارا باعه أخوه الى عمه أو الى ابن أختـــــه رغم كونه أقرب الى البائع من المشترى •

(جـ) - اذا كان العقار بيع ليجعل محلا للعبادة أو ليلحق به:-

يقصد بمحل العبادة طبقا لهذا النص الأماكن التى تخصص لأداء الصلوات والطقوس الدينية • مثل المساجد والكنائس والمعابد • فالنص قد ورد مطلقـــا• " محلا للعبادة" • وقد أنزل الله سبحانه وتعالى الديانات السماوية الثلاثـه الاسلام - المسيحية - اليهودية • فهذه هى الديانات المنزله على الرســـل ولايعتمد بغيرها مثل العباد للنار أو الديانة الفرعونية القديمة • ولكن المنـــع لايشمل المشروعات الخيرية مثل بناء مستشفى أو ملجأ أو موءسسة اجتماعيـــــه آخرى • ولايشترط تخصيص مذهب معين لتحقق المنع • ويذهب البعض الـــى أنه اذا كان الغرض من شراء العقار هو انشاء مسكن ليحلق به مسجـــــد أو مصلى فان المنع غير قائم فى هذه الحاله • للأساس أن بناء المسجـــــد أو المصلى ليس هو الغرض الأساسى • وانما البناء للمسكن هو الأصل • فيجب أن يجول على الأصل (١) • ومما هو جدير بالذكر أن المشرع مد المنع الـــى ملحقات دور العبادة مثل ضم قطعة أرض الى مسجد لجعلها مكان للوضـــــوء فالمنع هنا قائم على أساس أن هذا الملحق يعتبر خادم للمسجد • فالتطهـــر بالوضوء لازم لأداء الصلاة •

---

١ - راجع نقض مدنى ١٩٥٧/١١/١٤ السـنة ٨ ص٨٩٨•

ثانيا : موانـع الشفعـة فى القوانين الآخـرى :-

وردت معظم موانع الشفعة فى نصوص القانون المدنى . ولكن هنـاك حالات يمتنع فيها الأخذ بالشفعة فى ظل القوانين الخاصة مثل قانون الاصلاح الزراعى رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ . والقانون ١٠٠لسنة ١٩٦٤ . ومن أمثلـة ذلك ماورد بالمادة ٩ من المرسوم بقانون ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ والخاصة بمنـع الأخذ بالشفعة فى الأراضى الزراعية المستولى عليها التى توزعها الحكومة علـى صغار الزراع . وقضت محكمة [١] تطبيقا لذلك " أنه متى تبين أن الشفيـع يملك قبل الحكم بالشفعة أكثر من مائتى فدان فأن الحكم لايكون خالف القانـون فيما انتهى اليه من أن الحكم بالشفعة فى هذه الحالة من شأنه مخالفة المـادة الأولى من الرسوم بقانون ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ . ".

وكذلك المادة ٥٨ من القانون ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ فى شأن التصـرف فى الملكية الخاصة . والتى تقضى بمنع الأخذ بالشفعة فيما يباع من هـذه العقارات سواء بطريق الممارسة أم بالمزاد العلنى . وكذلك أيضا فى حالـة بيع أراضى طرح النهر التى تباع لحائزها [٢] . والعلة من هذا المنع هـو أن هذه البيوع جميعا روعى فيها اعتبارات خاصـة بالمشترى . مراعى فيهـا الظروف الأقتصادية والاجتماعية التى تقوم على مصالح عامه . واذا أجيـز

---

١ - راجع نقض مدنى ١٤ /١٩٥٧/١١ ١ سنة ٨ ص٨٩٨

٢ - راجع د/ محمد على عمران المرجع السابق ص١٣٦ هامش

الأخذ بالشفعة لكان فى ذلك تقويت على الدولة هذا الغرض • وتأيـــد ذلـــك بقضاء محكمة النقض المصرية " أنه اذا قضى برفض دعوى الشفعة على أســـاس أن التصرف ليس بيعا تجوز فيه الشفعة وانما هو تصرف ذو طابع خاص روعـى فيه ايثار المتصرف اليه بالأولوية فى شراء الأطيان المبيعة • لاعتبارات منهـــا مايتعلق بشخص المتصرف اليه لقيامه باصلاح الأرض المتصرف له فيها • ومنهـــا مايتعلق بمصالح اجتماعية واقتصادية ترمى الى رفع مستوى صغار المزارعيـــــن وتوفير أسباب العيش لهم • والتشجيع على اصلاح الأراضى البور • فضـــــلا عن أن الثمن المجيء فى العقد لايمثل حقيقة قيمة العين وقت البيع • فـــأن هذا الحكم لايكون قد خالف القانون • ذلك لأن القضاء بالشفعة فى هـــذه الحالة يتنافـى مع طبيعة العقد وفيه تفويت للأغراض المنشـــورة (١)

---

١ ـ راجع نقض مدنى ٢٦ /٢ / ١٩٥٣ السنه ٤ ص٥٦١ •

المطلب الثالث

اجراءات الأخذ بالشفعة

تمهيد :-

اذا طلب الشفيع الأخذ بالشفعة واستجاب المشترى لذلك ترتب على ذلك ثبوت حق الشفعة بالتراضى •ولكن ليس ذلك الأمر يسيرا فى كل الأحوال • فقد ينازع فى الشفعة فيلجأ الشفيع الى القضاء للحصول على حكم بثبوت حقه فى الشفعة والذى يعتبر سندا لملكيته على النحو الذى سوف نوضحه فى حينه•
ومن هنا فقد وضع المشرع قواعد ومواعيد صارمة فى ظل نصوص القانون المدنى فى المواد من ٩٤٠ حتى ٩٢٤ مدنى أوضح فيها اجراءات الأخذ بالشفعة وهى على النحو التالى : اعلان الرغبه فى الشفعة - ايداع الثمن - رفع دعوى الشفعة • وحدد لذلك مواعيد رتب على عدم مراعاة أى اجراء منها سقوط الحق فى الأخذ بالشفعة • ولما كانت هذه الاجراءات كثيرة التطبيق فى المجال العملى فاننا سوف نوليها أهمية خاصة حتى لايتردى الشفيع فى هاوية سقوط الحق فى الأخذ بالشفعة وذلك على النحو التالى :-

أولا : " اعلان الرغبه فى الأخذ بالشفعة "

رسم المشرع المصرى هذا الاعلان فى المواد من ٩٤٠ حتى ٩٤٢مدنى والتى جاء نصهاالمادة ٩٤٠مدنى " على من يزيد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها الى كل من البائع والمشترى خلال خمسة عشرة يوما من تاريخ الانذار الرسمى

الذى يوجهه اليه البائع أو المشترى والاسقط حقه ويزاد على تلك المـــدة ميعاد مسافة اذا اقتضى الأمر " ثم نص المادة ٩٤١ مدنى " يشتمل الانـــذار الرسمى المنصوص عليه فى المادة السابقة على البيانات التالية والا كان باطلا :-

(أ) - بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بيانا كافيا ٠

(ب) - بيان الثمن والمصروفات الرسمية وشروط البيع واسم كل من البائـــع والمشترى ولقبه وصناعته وموطنه - وأخيرا نص المادة ٩٤٢ مدنى " اعـــلان الرغبة بالأخذ بالشفعة يجب أن يكون رسميا والا كان باطلا ٠ ولايكون هـذا الاعلان حجة على الغير ٠ الا اذا سجل ٠

يتضح من هذه النصوص سالفة الذكر أنه يتعين الانذار الرسمى بحصـول البيع ويعلن الرغبه فى الشفعة فى ميعاد محدد ٠ ثم تسجيل هذا الاعـلان٠ كل ذلك نتولى عرضه تباعا فيما يلى :-

(أ) - **الانـذار الرسمـى بالبيـع :-**

يقصد بالانذار الرسمى الورقة التى تعلن على يد محضر والتى لايغنـى عنها أى اجراء آخر حتى ولو كان مسجلا [1] ٠ وهذا الانذار قد يقوم بـه البائع أو المشترى ثم يوجهه الى الشفيع ٠ أو الى الشفعاء اذا تعددوا ولـو كانوا من طبقات مختلفه ٠ ويقصد بهذا الانذار الرسمى اخطار الشفيـع أو الشفعاء بحصول البيع لكى يبدى رغبته فى الأخذ بالشفعة خلال مدة معينـه

---

١ - راجع استئناف القاهرة ١٩٥٠/١٢/١٩ المحاماه السنة ٣٢ ص٦٦٩ رقم ١٥٤

والا سقط حقه فى الشفعة ٠ وأوجب المشرع على أن يحتوى هذا الانذار على بيانات معينه ورتب البطلان على تخلف أى منها وهذه البيانات هى :بيان العقار المراد أخذه بالشفعة بتعيين موقعه وحدوده ومساحته حتى يكون علم الشفيع بالعقار المبيع علما نافيا للجهالة (١) ثم المصروفات الرسمية وشروط البيع واسم البائع والمشترى ولقبه وصناعته وموطنه ٠ أما المصاريف غير الرسمية مثل السمسرة لايجب ذكرها وان كان يجوز أن تكون محلا للمطالبة بها على حده ٠ على أن حق الشفيع فى اعلان الرغبة فى الشفعة غير معلق على توجيه هذا الانذار اليه فيستطيع متى علم بالبيع أن يعلن رغبته فيها ٠ بل يجوز له أن يرفع دعوى الشفعة مباشرة بعد ايداع الثمن ٠ حيث يعتبر اعلان الصحيفة بمثابة اعلان للرغبة فى الشفعة (٢) ٠

(ب) ــ اعلان الرغبة فى الشفعة وميعاد :ــ

يكون الاعلان بورقه رسمية على يد محضر تعلن الى البائع والمشترى ولايغنى اعلان أحدهما عن الآخر (٣) ٠ فلا بد من الاعلان للبائع والمشترى معا حتى ولو تتعددوا ٠ لأنه يترتب على عدم الاعلان لهما بورقه رسمية بطلان الانذار وهو بطلان وجوبى بنص القانون ٠ نص عليه المشرع صراحة منعا للاجتهاد ٠ ويجوز للشفيع بدلا من اعلان الرغبة أن يلجأ مباشرة الى

---

١ ــ راجع نقض مدنى ١٩٥٠/١/١٢ مجموعة أحكام النقض السنه الأولى رقم ٥٠ ص١٧٤٠

٢ ــ راجع السنهورى جـ٩ فقرة ٢٠٤ ٠

٣ ــ راجع محمد كامل مرسى فقرة ٤٠٧ ٠

رفع الدعوى خلال المواعيد المحددة بعد ايداع الثمن خزينة المحكمة على كل من البائع والمشترى • ويعتبر اعلان الصحيفه بمثابة اعلان الرغبة فى الشفعة ولكننا قد نواجه فرضا نظريا بحتا هو تسليم المشترى بالشفعة للشفيع وهنا يتحمل الشفيع مصاريف الدعوى عملا بالمادة ١٨٤ مرافعات باعتباره خاسرا دعواه•

(جـ) - ميعاد اعلان الرغبة بالشفعة :-

حدد المشرع اعلان الرغبة فى المادة ٩٤٠ مدني بميعاد قصير هو " خمسة عشر يوما من تاريخ الانذار الرسمى بحصول البيع " يضاف الى ذلك الميعاد ميعاد مسافة • ورتب المشرع على ذلك جزاء قاسيا هو سقوط الحق فى الأخذ بالشفعة • وهذا الميعاد طبقا للقواعد العامة هو ميعاد سقوط وليس مدة تقادم يرد عليها الوقف أو الانقطاع • فلا يحسب اليوم الأول وانما يحسب اليوم الأخير • ولايغنى عن الانذار الرسمى الذى يوجه الى الشفيع أية ورقة آخرى ولو كانت رسمية • فانه لايغنى عنه علم الشفيع فعلا بحصول البيع والا سقط حقه فى الأخذ بالشفعة اذا لم يعلن رغبته فيها خلال الميعاد السابق " خمسة عشر يوما " من تاريخ علم الشفيع بالبيع • ويستطيع من ثم الانتظار رغم علمه بالبيع • ولايطلب الشفعة حتى يصله الانذار الرسمى بحصوله (١) •

---

١ - راجع د/ السنهورى فقرة ٢٠٦ - د/ محمد على عرفة فقرة ٢٨٤ - د/ محمد كامل مرسى فقرة ٤١٥ • د/ الصدة فقرة ٣١٥ •

(د) - تسجيل اعلان الرغبة فى الشفعة :-

لايعتبر تسجيل اعلان الرغبة من اجراءات الشفعة . فيستطيع الشفيع المضى فى اجراءات الشفعة دون هذا التسجيل . ولكنه يكون عرضة لحظر تصرف المشترى فى العقار المشفوع فيه تصرفا نافذا فى مواجهته . فاذا كان التصرف بيعا وأبرم قبل تسجيل اعلان الرغبة فى الشفعة فقد هذا البيع فى مواجهة الشفيع الذى لايستطيع أن يأخذ بالشفعة فيه الا بالشروط والمواعيد هذا البيع . واذا كان البيع الثانى لايجوز أخذه بالشفعة ترتب عليه سقوط الحق فى الشفعة . واذا كان التصرف منشئا لحق عينى أصلى أو تبعى على العقار المشفوع فيه نفذ كذلك (١) . فى مواجهة الشفيع الذى ينتقل اليه العقار بالحكم له فى دعوى الشفعة مثقلا بهذا الحق العينى .ومن هنا تأتى ضرورة هذا التسجيل لاعلان الرغبة حتى يكون حجة على الغير ولكى يعلم به الغير أيضا فلا يقدم على تصرف فى الشىء محل الشفعة. اذ أن المشرع أوجب تسجيل هذا الاعلان فى المادة ٩٤٢ /١ مدنى حتى يكون حجة على الغير .

ثانيا : ايداع الثمن :-

أوجب المشرع المصرى ذلك فى عجز المادة ٢/٩٤٢ مدنى " وخلال ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ هذا الأعلان . يجب أن يودع خزانة المحكمة

١- راجع د/ جمال زكى المرجع السابق ص٤٢٩ .

الكائن فى دائرتها العقار كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع • مع مراعاة أن يكون هذا الايداع قبل رفع دعوى بالشفعة • فأن لم يتم هذا الايداع فى الميعاد على الوجه المتقدم سقط حق الأخذ بالشفعة " • يتضح من هذا النص أن المشرع أوجب على الشفيع خلال ثلاثين يوما من تاريخ اعلان الرغبة فى الشفعة وقبل رفع الدعوى بالشفعة ايداع الثمن الحقيقى الذى بيع به الشئ فى خزانة المحكمة التى يقع بدائرتها العقار • الكلية أو الجزئية حسب القيمة فاذا كان الثمن الحقيقى للبيع أكثر من خمسة آلاف جنيه يودع فى خزانة المحكمة الكلية واذا قل عن ذلك يودع خزانة المحكمة الجزئية والا سقط حق الأخذ بالشفعة • أى المحكمة المختصة بنظر دعوى الشفعة ويعتبر ثمنا حقيقيا الثمن الوارد فى عقد البيع مالم يقم الدليل على غير ذلك [1] ومن هنا يتعين على الشفيع ايداع هذا المبلغ الذى يعلم به اما من الانذار الرسمى بحصول البيع الذى يوجه اليه • واما بالكشف عنه فى مكتب الشهر العقارى الذى سجل البيع فيه • ثم يستطيع الشفيع بعد هذا الايداع أن يثبت بكافة طرق الاثبات القانونية أن هذا الثمن يزيد على الثمن الحقيقى • وأنه قد قصد به المبالغة حتى يعوقه عن طلب الأخذ بالشفعة [2] أى يطعن بالصورية النسبية • واذا نجح فى اثبات صورية الثمن • يستطيع أن يسترد مازاد على الثمن الحقيقى • وقد

---

(١) راجع نقض مدنى ١٩٥٠/٢/١٦ مجموعة أحكام النقض السنة الأولى ص ٢٤٨ رقم ٦٧ •

(٢) راجع د/ جمال زكى المرجع السابق ص ٤٦٤ فقرة ٢٦٠ •

استقر قضاء محكمة النقض " على أن الشفيع له التمسك بالعقد الظاهر متى كان حسن النيه . استنادا الى أنه غير ا فى الصورية . ولايلتزم الا بالثمن المذكور فى العقد [1] . فاذا ما تم ايداع الثمن من جانب الشفيع أطمأن الى سلامة الاجراء الذى قام به [2] . ولكن قد يكون الثمن الوارد فى العقد أو الذى علم به من الانذار مبالغا فيه الى درجة كبيرة فيقتصر الايداع على الثمن الحقيقى . واذا استطاع اثبات ذلك كما قدمنا أى اذا أثبت أن ما تم ايداعه معادلا بل يزيد على الثمن الحقيقى كان هذا الايداع صحيحا . لأن المشرع الزم الشفيع بايداع كل الثمن الحقيقى . أما اذا لم ينجح فى هذا الاثبات أو تبين أن ما أودعه يقل عن الثمن الحقيقى ولو أثبت أن الثمن المذكور فى العقد مبالغ فيه وقع الايداع باطلا لأنه لم يشمل كل الثمن الحقيقى الذى أوجب القانون ايداعه [3] ولو أظهر الشفيع عند الايداع استعداده لاكمال المبلغ لو ظهر أن الثمن يزيد عليه أو قام بتكملته أثناء نظر الدعوى وسقط حقه فى الشفعة . وعلى الشفيع ايداع كل الثمن الحقيقى فى الوقت الذى حدده القانون حتى ولو كان الثمن موءجلا للمشترى لأنه لايستطيع الاستفادة من تأجيل الثمن الا برضاء البائع بعد ثبوت حقه فى الشفعة . وقد استقر قضاء محكمة النقض المصرية " على أن رضاء البائع مقدما بتأجيل الثمن أو بتقسيطه للشفيع لايترتب عليه اعفاوه من ايداع الثمن . كل الثمن على

---

١ - راجع نقض مدنى ١٩٥٣/٥/٢٨ مجموعة أحكام النقض السنه ٤ رقم ١٧٣ ص ١٠٩٩

٢ - راجع د/ جمال زكى فقرة ٢٠٧ ود/ الصده فقرة ٢٥٥

٣ - راجع نقض مدنى ١٩٥٥/٢/١٠ مجموعة أحكام النقض السنه٦ رقم٨٧ ص٦٥٧

الوجه الذى استلزمه القانون • لأن هذا الشرط أوجبه المشرع لقبول دعوى الشفعة • ولايمكن للبائع اعفاء الشفيع من شرط أوجبه القانون • وأن الحكمه من هذا الالزام بايداع الثمن الحقيقى روعى فيه تقييد الحق فى الشفعه[١] • وذهب البعض فى الفقه الى القول[٢] أنه يجوز للشفيع بعد ايداع الثمن الحقيقى استكمالا للشكل الذى أوجبه المشرع لقبول دعوى الشفعه أن يسحب هذا الثمن كله أو بعضه باذن البائع بعد ثبوت حقه فى الشفعة • ليفى له بالثمن فى الأجل الذى يتفق عليه فيما بينهما • ولكننا لانشايع هذا الرأى لأنه يواجه فرضا نظريا بحتا • فالثابت فعلا وعملا أن البائع يريد الزام الشفيع بايداع الثمن حتى يستظهر جدية رغبته فى تمام الأخذ بالشفعة • وطالما أن البائع لايجوز له ابداء الموافقه على ايداع الثمن موءجلا أو مقسطا • فلا يجوز له فيما بعد هذا الاتفاق • وقد استقرت أراء الفقه وأحكام النقض[٣] على أن أنه لايجوز الزام الشفيع الا بايداع كل الثمن الحقيقى فقط دون الملحقات سواء كانت رسميه مثل رسوم التسجيل أم غير رسميه مثل مصاريف السمسره لأن المشرع لم ينص صراحة عليها • رغم أن قانون الشفعة القديم كان يوجب فى المادة ١٤ منه على الالزام بعرض الثمن والملحقات الواجب أدائها جميعا. ولعله الحكمة التشريعيه من اعفاء النص على ذلك فى المادة ٩٤٢ مدنى هو تقييد حق الشفعة بايداع الثمن الحقيقى فسحب • الأمر الذى يتعين معه والحال كذلك اعمال هذا القيد فى أضيق الحدود • بحيث لاينسحب

---

١ - راجع نقض مدنى ١٩٥٣/١٢/٣١ مجموعة النقض السنه ٥رقم ٥٥ص٣٥٦

٢ - راجع د/ السنهورى جـ٩ فقرة ٢٠٧، مجموعة الاعمال التحضيرية جـ٦ص ٤٢٥ •

٣ - راجع نقض مدنى ١٩٦٣/٢/٢١ مجموعة أحكام النقض السنه١٤ ص٢٧٨•

الى ملحقات الثمن التى لم يرد بها تكليف فى القانون . وقد رتب المشرع جزاء صارما على عدم ايداع الثمن الحقيقى فى الميعاد المحدد سلفا سقوط الحق بالأخذ بالشفعة . فيستطيع البائع أو المشترى التمسك بهذا الدفع " سقوط الأخذ بالشفعة " فى أية حالة كانت عليها الدعوى . ويذهب البعض فى الفقه ومحكمة النقض المصرية (١) الى أن للمحكمة أن تقضى من تلقاء نفسها بسقوط الحق بالأخذ بالشفعة اذا لم يتم ايداع الثمن الحقيقى فى خلال الميعاد المحددة قانونا فى المادة ٩٤٢ مدنى " . ويفهم من هذا أن استعمال هذا الحق جوازيا للمحكمة بدليل أن محكمة النقض استعملت عبارة " للمحكمة " الا أننا نذهب الى أن هذا الدفع متعلق باجراءات التقاضى الأساسية ومن ثم فهو متعلق بانتظام وعلى المحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها دون ما حاجة الى تمسك به من الخصوم .

ثالثا : دعوى الشفعة

أوجب المشرع فى المادة ٩٤٣ مدنى " ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشترى أمام المحكمة الكائن فى دائرتها العقار وتقيد بالجدول . ويكون ذلك فى ميعاد ثلاثين يوما من تاريخ الاعلان المنصوص عليه فى المادة السابقة والا سقط الحق فيها ويحكم فى الدعوى على وجه السرعة . " ثم جاء نص المادة ٩٤٤ مدنى " الحكم الذى يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سندا

---

١ - راجع نقض مدنى ١٩٥٣/١٢/٣١ مجموعة أحكام النقض السنه ٩ ص١٩٩ وراجع د/ محمد كامل مرسى فقرة ٢١٢ .

لملكية الشفيع • وذلك دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل " يتضح من سياق النص أنه لابد من رفع الدعوى بالشفعة وقيد أمام المحكمة المختصه على خصوم الدعوى وفى ميعاد محدد • واعتبر المشرع حكم ثبوت الشفعة سندا لملكية الشفيع مع مراعاة قواعد التسجيل • ومن هنا تأتى الأهمية العملية لعرض هذا الاجمال على النحو التالى :-

(أ) - رفع الدعوى وقيدها :-

أوجب المشرع رفع الدعوى من الشفيع على كل من البائع والمشترى• واذا تعددوا يجب اختصامهم جميعا • وتعتبر الدعوى مرفوعة بمجرد قيد الصحيفه قلم كتاب المحكمة طبقا للمادة ٦٧ من قانون المرافعات المدنيه والتجاريه• واذا توفى أحدهم وجب اختصام ورثته جميعا • وقد أوجب المشرع الحكم بعدم قبول الدعوى فى حالة اختصام أحد الخصوم دون البعض الأخر وذلك فى جميع مراحل التقاضى [(١)] • ولعل الحكمة التشريعيه من وجوب اختصام البائع والمشترى رغم أن المشترى هو الخصم الحقيقى هى أنه بعد الحكم بالشفعة يحل الشفيع محل المشترى قبل البائع فى جميع حقوقه والتزاماته• فتحول العقد من كونه بين البائع والمشترى الى كونه بين البائع والشفيع• فالشفعة عملية قانونية تدور بين أطراف ثلاثة كل منهم طرف حقيقى فيها • فيجب اختصامهم جميعا فى مراحل التقاضى • حتى ولو كان الشفيع يدعى صورية عقود بعض المشترين [(٢)] • والمحكمة المختصة قانونا بنظر دعوى الشفعة

---

١ - راجع نقض مدنى ١٩٤٨/٢/١٩ مجموعة أحكام النقض جـ٥ ص٥٤٣ •

٢ - راجع د/محمد على عرفه المرجع السابق ص٣٠٣والسنهورىجـ٩ فقرة ٢١٨

محليا هى المحكمة التى يقع بدائرتها العقار • وقيميـــا حسب الثمـــن الوارد فى عقد البيع • اذا كان خمسة آلاف جنيه فأكثر تكون المحكمة الكليـــة واذا قلت عن ذلك فالمحكمة المختصة هى المحكمة الجزئية • فالمستقر عليـــه فقها أن تحديد الاختصاص النوعى وقابلية الحكم للطعن فيه بالثمن الوارد فـــى عقد البيع [1] •

(ب) ـ ميعاد رفـــع الدعوى :ـ

أوجب المشرع رفع الدعوى وقيدها فى خلال الثلاثين يوما من تاريـــخ اعلان الرغبه فى الشفعه ورتب على ذلك جزاء هو سقوط الحق فيها • فـــأذا كان المتبايعان لم يعلنا بالرغبة فى الأخذ بالشفعة فى يوم واحد • تحســـب مدة الثلاثين يوما من تاريخ اعلان الأخير منها [2] ونرى أنه لافصل بين رفـــع الدعوى وقيدها • اذ أن قانون المرافعات الجديد اعتبر الدعوى مرفوعة بمجـــرد القيد وسداد الرسم عليها • اذ يتولى قلم محضرى المحكمة اعلان الصحيفـــه بعد ذلك للخصوم فى الدعوى • وعلى ذلك صار ايداع الصحيفه قلم الكتـــاب وآداء الرسم عليها قاطعا مدة الثلاثين يوما الواردة فى المادة ٩٤٢ مدنى لرفـــع دعوى الشفعة دون أن تحسب مدة الاعلان خمست ميعاد الثلاثين يومـــا لأن هذا الميعاد انقطع بايداع صحيفة الدعوى قلم كتاب المحكمة • ويعتبـــر

---

١ ـ راجع د/ محمد كامل مرسى فقره ٤٥٣ ود/ لبيب شنبفقرة ١١٢ د / السنهورى فقرة ٢١٩ •

٢ ـ راجع نقض مدنى ١٩٤٧/١١/٢٧ مجموعة أحكام النقض جـ٥ ص٤٩٠ •

ميعاد الثلاثين يوما سالف الذكر ميعاد سقوط لايرد عليه الوقف والانقطاع. ومن ثم يترتب على مضى هذا الميعاد دون رفع الدعوى وقيدها سقوط الحق بالأخذ بالشفعة . وجرى القضاء على أن رفع الدعوى بالشفعة ولو الى محكمة غير مختصه يقطع هذه المده . ويكون للشفيع بعد صدور حكم بعدم الاختصاص مدة ثلاثين يوما جديدة لرفع الدعوى أمام المحكمة المختصه [1] .

(ج) - الحكم فى دعوى الشفعة :-

نص المشرع فى المادة ٩٤٤ مدنى على اعتبار الحكم النهائى بثبوت الشفعة . سندا لملكية الشفيع . ويقصد بالحكم النهائى الصادر من محكمة الدرجة الثانية " الاستئنافية" أو من المحكمة الابتدائية فى حدود النصاب الانتهائى . أو لفوات ميعاد الطعن عليه بالاستئناف . وقد اختلف الفقه والقضاء فى تحديد طبيعة هذا الحكم . هل هو حكم مقرر لملكية الشفيع أم حكم منشئ لملكية الشفيع وليس هذا مجالا لعرض هذه الآراء . ولكن الراجح فقها وقضاء أن حكم الشفعة منشئ لملكية الشفيع التى لاتثبت الا به . ومادام هذا الحكم ناقل للملكية فانه يخضع لقواعد التسجيل الواردة فى المادة ٩ من قانون الشهر العقارى التى توجب تسجيله حتى تنتقل الملكية [2] .

---

١ - راجع نقض مدنى ١٩٥٣/١١/٥ مجموعة أحكام النقض ج٨ ص٥١٥.

٢ - راجع د/ جمال زكى المرجع السابق ص٤٧٧ .

المطلب الرابع

مسقطات الشفعة

جاء النص على ذلك فى المادة ٩٤٨ مدنى يسقط الحق فى الأخذ بالشفعة فى الأحوال الآتية :ـ

(أ) ـ اذا نزل الشفيع عن حقه فى الأخذ بالشفعة ولو قبل البيع

(ب) ـ اذا انقضت أربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع

(ج) ـ فى الأحوال الآخرى التى نص عليها القانون ـ

يتضح من هذا النص أنه تحدث عن سببين فقط فى الفقره أ،ب بينما فى الفقرة ج نص " وفى الأحوال الآخرى التى نص عليها القانون " ومن هنا لابد من التعرض أولا لأحوال السقوط فى الفقرتين أ ، ب ثم تعرض للأحوال الآخرى للسقوط على النحو التالى :ـ

(أ) ـ نزول الشفيع عن حقه فى الأخذ بالشفعة :ـ

يسوغ النزول عن الحق فى الشفعة فى أى مرحلة من مراحل اجراءاتها طالما لم يصدر حكم نهائى فى ثبوت الشفعة (١) فبعد صدور الحكم النهائى لايستطيع الشفيع أن ينزل عن حقه بعد ذلك بارادته وحدها • وقد أجاز

---

١ ـ راجع د/ البدراوى المرجع السابق ص٤٠٤ •

المشرع صراحة النزول عن الحق فى الشفعة ولو قبل البيع ٠ ونرى أنــــه ليس هناك مايمنع صدور هذا التنازل باتفاق بين الشفيع وبين من يرغـــب فى شراء العقار حتى يقدم على الشراء وهو مطمئن ٠ وليس هناك مانع كذلــك أن يقع النزول باتفاق بين الشفيع ومالك العقار المحتمل أخـذه بالشـــفعة عند بيعه ٠ ويكـون الغرض من ذلك تمكين المالك من بيع العقـار بحريـــة دون أن يكـون المشترى مهـددا بالشفعة ٠ ويتضمن هـذا الاتفاق اشتراطــا لصالح المشترى ٠ وقد يكـون هـذا النزول بدون مقابل أو بمقابل ٠ فحــق الشفعة تسرى عليها الأحكـام التى تسرى على الحقوق المالية ٠ والنـــزول قد يكـون صريحا أى باعلان من جانب الشفيع عن ارادته بالنزول ٠ فالنـــزول اذن عمل قانونى ٠ وبالتالى يخضع فى اثباته للقواعد العامة وقد يكـون هـــذا النزول ضمنيا ٠ يستدل بكـل عمل أو تصرف يؤخـذ منه أن الشفيع يعتـــرف بأن المشترى قد أصبح مالكـا ملكية مستقرة نهائيا ٠ ومثل ذلك الاستدلال أن يتعاقد الشفيع مع المشترى على تقرير حـق ارتفاق لمصلحة عقار الشفيـــع على العقار المبيع ٠ واثبات النزول الضمنى جائز بكافة طرق الاثبات القانونيـــة وذهبت محكمة النقض المصرية (١) الى أن " النزول عن الشفعة لايقيد الا مــن ارتضاه ٠ فاذا نزل صاحب العقار عن حـق الشفعة فى عقد شرائه لهذا العقـار فان النزول لايسرى على من اشترى منه العقار ٠ والأمـــر الذى لاشـــك فيـه أن هـذا النزول يفيد الخلف الخاص وذلك طبقـا للمادة ١٤٦ مدنـــى والتى تقضى " بانصراف الالتزامات والحقوق المتصلة بالشىء الى الخلف الخـــاص

---

(١) راجع نقض مدنى ١٩٥٣/١/٢٩ مجموعة محكمة النقض الســـنة ٤ ص ٤١١ رقم ٥٩٠

اذا كانت من مستلزماته . وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء اليه (١).

(ب) انقضاء أربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع :

اذا لم يوجه الى الشفيع انذار رسمي بحصول البيع . أو وقع هذا الانذار باطلا . كان له أن يعلن رغبته في الشفعة خلال أربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع والا سقط حقه . فاذا لم يسجل عقد البيع . وثبت البيع بحكم صحة ونفاذ العقد . تبدأ مدة الأربعة أشهر من تاريخ تسجيل هذا الحكم . أو من تاريخ التأشير به على هامش تسجيل صحيفة الدعوى . وليس من تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى الذى لاشأن لأثره الا بالذين ترتبت لهم حقوق عينيه على العقار المبيع (٢) وتعتبر هذه المدة . ميعاد سقوط لاتقادم كما سبق القول . ويسقط الحق فى الشفعة بمضى هذه المدة ولو لم يعلم الشفيع بالبيع رغم تسجيله . ولذلك لايكون على المشترى الذى يتمسك على الشفيع بسقوط حقه بمضى أربعة أشهر من يوم تسجيل البيع أن يقيم الدليل على علمه بهذا البيع (٣) ولايجوز للمحكمة أن تتصدى لهذا السقوط من تلقاء نفسها . بل يجب على صاحب المصلحة

---

(١) راجع د/اسماعيل غانم ص ٩١ ، د/الصده فقرة ٣٢٨ عكس ذلك د/عبدالفتاح عبدالباقى فقرة ٢٧٢، د/محمد عرفه فقرة ٣٤٨.

(٢) راجع نقض مدنى فى ١٩٥٠/١١/٢٣ مجموعة أحكام النقض السنة الأولى ص ٤٢٥ رقم ١٠٩.

(٣) راجع د/ محمد كامل مرسى جـ ٣ فقرة ٥٤٤.

وهـو المشترى التمسك به وهـذا ماذهب اليه أستاذنا الفاضل الدكتور جمـال زكى ولكننا نذهب الى عكس ماتقدم فهـذا الدفع " بسقوط الحق فى الشـفعة " متعلق باجـراءات التقاضى الأساسية وبالتالى متعلق بالنظام العام فيجـب على المحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها ودون حاجة الى التمسك بهـذا الدفع . على أن سقوط الحـق فى الشفعة بمضى أربعة أشهر على تسجيل البيـع مقيد بألا يكـون هناك تحايل بقصد التهرب من أحكـام القانون (١) وقـد أيدت محكمة النقض ذلك فى أحـد أحكامهـا (٢) " أن قاضى الموضوع الذى رفض الدفع بسقوط الحـق فى الشفعة بمضى أربعة أشـهر على تسجيل البيع بعـد ماتبين له أن المتبايعين عمدا الى تجزئة العقار المشفوع فيه بقصد منـع الشفيع من أخـذه بالشفعة " .

أحـوال أخـرى لسقوط الحـق فى الشفعة :

هناك أحـوال أخـرى يسقط فيها الحق بالأخـذ بالشفعة لم ينـص عليها المشرع فى عجز المادة ٩٤٨/ أ ب مدنى . ولكن يستدل عليها مـن عرض النظام القانونى للشفعة على النحـو الذى سبق بيانه وهى :

أ ـ **عدم اظهـار الرغبة للأخـذ بالشفعة فى الميعاد :**

حـدد المشرع ميعاد خمسة عشر يوما بعدها يسقط الحق فى الشفعـة اذا لم يعلن الشفيع رغبته فيها بصفة رسمية الى كـل من البائع والمشـترى

(١) راجع د/جمال زكـى المرجع السابق ص ٤٦١.

(٢) راجع نقض مدنى ١٧/٥/١٩٤٥مجموعة أحكام النقض جـ٤ص٦٨٩.

محسوبة هذه المدة من تاريخ الانذار بذلك من البائع أو المشترى وقد رتب المشرع على ذلك جزاء هو سقوط حق الشفيع فى طلب الشفعة •

ب ـ **عدم ايداع الثمن فى الميعاد :**

حدد المشرع فى المادة ٩٤٢ مدنى ايداع الثمن الحقيقى الوارد بالعقد خزانة المحكمة الكائن بدائرتها العقار • وذلك فى خلال الثلاثين يوما التالية لتاريخ اعلان الرغبة وقبل رفع دعوى الشفعة • والمحكمة تقضى من تلقاء نفسها بهذا السقوط اذا لم تراعى المواعيد سالفة الذكر •

ج ـ **عدم رفع الدعوى وقيدها فى الميعاد :**

أوجب المشرع على الشفيع رفع دعوى الشفعة وقيدها فى المادة ٩٤٣ مدنى فى ميعاد الثلاثين يوما سالفة الذكر • ورتب جزاء على ذلك هو سقوط الحق فى الأخذ بالشفعة •

د ـ **زوال ملكية الشفيع قبل الحكم بالشفعة :**

أسلفنا فيما سبق أنه يشترط أن يكون الشفيع مالكا وقت البيع ويستمر ذلك التملك حتى صدور الحكم النهائى له بالشفعة • ومن ثم اذا زالت ملكية الشفيع قبل ذلك سقط حقه فى طلب الشفعة •

(هـ) مضى خمسة عشر عاما على البيع غير المسجل :

اذا كان العقد لم يسجل فان الشفيع لايسقط فى حالة عدم انذاره الا بعد مضى هذه المدة على عقد البيع . فالشفعة جائزة فى البيع غير المسجل (١) . ولايبقى حق الشفيع فى حالة عدم انذاره وعدم تسجيل العقد مدة خمس عشرة سنة الا اذا لم يكن قد نزل عن الشفعة . وهذا النزول كما سبق أن ذكرنا يمكن أن يكون صريحا كما أن يكون ضمنيا . يستفاد من ظروف الحال .

المطلب الخامس

آثار الشفعة

تمهيد :

تناول المشرع آثار الشفعة في المواد من ٩٤٥ حتى ٩٤٧ فأوضح فى المادة ٩٤٥ مدنى أنتقال الملكية الى الشفيع . ثم فى المادة ٩٤٦ مدنى حكم بناء المشترى فى العين المشفوعة . ثم فى المادة ٩٤٧ مدنى حكم تصرف المشترى فى هذه العين ومدى سريانه على الشفيع . ومن ثم فلابد من ايضاح هذه الأحكام وذلك على التفصيل التالى فى ثلاثة فروع هى:

---

(١) راجع د/البدراوى ، المرجع السابق ص٤٠٦ فقرة ٣١١ ـ ٣١٢ .

الفـــــــــرع الأول

انتقال الملكيـــة الـى الشفيع

النص التشريعى :

نصت المادة ٩٤٥ مدنى " ١ ـ يحل الشفيع قبل البائع محـــل المشترى فى جميع حقوقه والتزاماته ٠ ٢ ـ انمـا لايحـق له الانتفاع بالأجـل الممنوح للمشترى فى دفع الثمن الا برضاء البائع ٠ ٣ ـ واذا استحق العقـــار للغير بعـد أخـذه بالشفعة فليس للشفيع أن يرجع الا على البائع "٠

يتضح من هـذا النص أنه يعالج انتقال الملكية بعد ثبـــــوت الشفعة بحكم نهائى الى الشفيع ٠ فالحكم بالشفعة هـو الذى يعتبر ســــندا لملكية الشفيع ٠ فمتى تم تسجيل هـذا الحكم أصبح الشفيع مالكا ٠ ولكـــن التساؤل الذى آثار جـدلا فى الفقه هـو ماتاريخ انتقال الملكية للشفيــــع؟ وبعبارة أوضح الى أى تاريخ تستند ملكية الشفيع ؟ ذهب البعض (١) الــــى أن الملكية تنتقل من وقت البيع على أساس أن الحكم الصادر بالشفعة هــــو حكـم كاشف ومقـــرر وليس ناقل للملكية ٠ وأن من أثر الشفعة حلـــول الشفيع محـل المشترى وهـذا يقتضى أن يكـون الشفيع مالكا من وقت تملـــك المشـــترى ٠ ومقتضى هـذا أن نفسخ ملكية المشترى حتى فى الماضى فيعتبـــر

(١) راجع الأعمـال التحضيرية جـ ٦ ص ٤٤٠ والسنهورى جـ٩ فقرة ٢٢٦ ٠

أنه لم يكن أصلا مالكا ، ويترتب على ذلك أن تسقط جميع الحقوق التي قد يكون المشتري قد رتبها على العقار قبل اظهار الشفيع رغبته في الشفعة ، وهذا مايخالف نص المادة ٩٤٧ مدني ، اذ المستفاد من هذا النص أن الحقوق العينية التي تكون قد تقررت بواسطة المشتري وسجلت أو قيدت قبل تسجيل اعلان الرغبة تسري في مواجهة الشفيع ، فهي تسري في الواقع لأنها صدرت من مالك ، ومن ثم يكون هذا الاتجاه منتقد من أساسه لأنه يخالف نص القانون ، بينما ذهب اتجاه ثان يرى أن الشفيع (١) يعتبر مالكا للعين المشفوع فيها من يوم تسجيل اعلان الرغبة في الشفعة ، ويستفيد أنصار هذا الرأى الى المادة ٩٤٧ مدني وهي تقضي بأنه لايسري في حق الشفيع أى حق عيني أو بيع صدر من المشتري بعد تسجيل اعلان الرغبة في الشفعة ويترتب على ذلك أنه يحق للشفيع المطالبة بالثمار من يوم تسجيل اعلان الرغبة وأخيرا ذهب اتجاه ثالث يرى (٢) أن الشفيع لايتملك الا بالحكم النهائي بالشفعة ومن وقت تسجيل هذا الحكم ، فالحكم ناقل للملكية لامقرر لها وهذا يعني أن المشتري يعتبر مالكا حتى صدور الحكم النهائي القاضي باستحقاق الشفيع للأخذ بالشفعة ، ويكون له الحق في الاستيلاء على الثمار الى حين صدور هذا الحكم ، ونأيد هذا الاتجاه بحكم لمحكمة النقض المصرية (٣) " فالشفيع بمجرد البيع لايكون له الحق الا في

---

(١) راجع د/محمد على عرفه جـ٢فقره٣١٢ ، د/أنورسلطان مجلة الحقوق العدد ٢ص ٧١٨.

(٢) راجع د/محمد كامل مرسي،جـ٣فقرة٤٨٣ ، د/شفيق شحاته فقرة٢٧٦ ، د/منصور فقرة١٥٢ ، دالبدراوي ص ٤١٠.

(٣) راجع نقض مدني١٤/١١/١٩٥٧مجموعة محكمة النقض رقم٨ص٨٩٨.

أن يطلب بالشفعة وهو لايكتسب الملكية بمجرد الطلب أو تسجيله • فالملكية لاتنتقل اليه الا اذا سلم المشترى له بالشفعة أو صدر حكم بثبوت الحق فى الشفعة وأصبح الحكم نهائيا • وقبل ذلك تكون الملكية للمشترى "• ونرى أن هذا الاتجاه الأخير هو الراجح • وذلك استنادا الى نص المادة ٩٤٤ مدنى الذى ينص على أن " للحكم الذى يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سندا لملكية الشفيع "• وقد أراد المشرع بهذا النص اعتبار حكم الشفعة سببا قانونيا منشئا لملكية الشفيع •

حلول الشفيع محل المشترى :

نصت المادة ١/٩٤٥ مدنى على أنه " يحل الشفيع قبل البائع محل المشترى فى جميع حقوقه والتزاماته " يتضح اذن من هذا النص أن العقد الذى انتقلت به الملكية الى المشترى لاينفسخ بالحكم الصادر فى دعوى الشفعة • وانما تتحول الالتزامات والحقوق التى تكون قد ترتبت على هذا العقد من ذمة المشترى الى ذمة الشفيع • ومن ثم اذا لم يكن الثمن قد دفعه المشترى فانه يكون صاحب الأداء للبائع• وأما اذا كان المشترى هو الذى دفع الثمن للبائع • فان هذا الثمن يصبح حقا له • ولايلزم الشفيع بفوائد الثمن • لأن العقار ليست له فى الفترة السابقة على الحكم بالشفعة (١) •ولو استحق العقار للغير بعد أخذه بالشفعة • فليس للشفيع أن يرجع على المشترى • وانما لايكون له الا الرجوع

(١) راجع د/ الصدة فقرة ٣٣٣ويرى أن الثمار من حق الشفيع من يوم ايداع الثمن • وراجع د/جميل الشرقاوى ص ٤٥٢أنها لمن يوم البيع بحكم حلوله محل المشترى فى حقوقه ".

على البائع ٠ ذلك أن ضمان الاستحقاق هو التزام ناشيء عن عقد البيع والشفيع كما قلنا يحل محل المشترى فى جميع حقوقه قبل البائع ٠

الفرع الثانى

حكم بناء المشترى فى العين

نصت المادة ٩٤٦ مدنى على حكم قيام المشترى باقامة بناء أو غراس فى العقار المشفوع فيه ٠ وفرق المشرع بين ما اذا كان ذلك البناء أو الغراس ٠ قبل اعلان الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة أو بعد ذلك ٠ ومن ثم فلابد لنا من عرض هاتين الحالتين على النحو التالى :

أولا : حصول البناء أو الغرس قبل اعلان الرغبة فى الشفعة :

اذا بنى المشترى فى العقار المشفوع أو غرس فيه أشجارا قبل اعلان الرغبة فى الشفعة ٠ كان للشفيع تبعا لما يختاره المشترى أن يدفع اما المبلغ الذى أنفقه أو مقدار مازاد فى قيمة العقار بسبب البناء أو للغراس وقد خرج المشرع فى هذا الحكم على القواعد العامة فى أحكام الالتصاق كما سبق القول ٠ فهنا يلتزم الشفيع بأن يدفع المبلغ الذى أنفق فى البناء أو الغراس أو مازاد فى قيمة العقار بسبب ذلك ويكون الخيار للمشترى لا للشفيع بين المبلغين ٠ لأن المشترى هنا لايعتبر بانيا أو غارسا فى ملك غيره ٠ بل فى ملكه هو ٠

ثانيا : **حصول البناء أو الغراس بعد اعلان الرغبة فى الشفعة :**

اذا حصل البناء أو الغراس بعد اعلان الرغبة فى الشفعة كان للشفيع أن يطلب الازالة . فاذا اختار أن يستبقى البناء أو الغراس فلا يلزم الا بدفع قيمة أدوات البناء وأجرة العمل أو نفقات الغراس . وهذه معاملة تفضل معاملة البانى فى ملك غيره بسوء نية وفقا لأحكام الالتصاق . حيث يكون لصاحب الأرض اذا اختار استبقاء المنشآت أن يدفع اما قيمتها مستحقة الازالة أو مبلغا يساوى مازاد فى ثمن الأرض بسببها .

الفرع الثالث

حكم تصرفات المشترى القانونية

النص التشريعى :

نصت المادة ٩٤٧ مدنى " لاتسرى فى حق الشفيع أى رهن رسمى أو أى حق اختصاص أخذ ضد المشترى ولا أى بيع صدر من المشترى ولا أى حق عينى رتبه أو ترتب ضده اذا كان كل ذلك قد تم بعد التاريخ الذى سجل فيه اعلان الرغبة فى الشفعة . ويبقى مع ذلك للدائنين المقيدين ماكان لهم من حقوق الأولوية فيما آل للمشترى من ثمن العقار " .

يتضح من هـذا النص أنه يتحـدث عن مدى الاحتجـاج ضد الشفيع بالحقوق العينيه التى رتبها المشترى أو ترتبت ضده • وكما هـو واضح من صياغة النص أنه يفـرق بين حالتين • اذا كـانت هذه الحقـوق قد نشأت قبل التسجيل اعلان الرغبة فى الشفعة أو بعده •

أولا : التصرفات القانونية قبل تسجيل اعلان الرغبة فى الشفعة :

اذا قام الشفيع بالتصرف قبل تسجيل اعلان رغبته فى الشفعة •أو اكتسب الغيـر على العقـار حقا عينيا كرهـن أو اختصاص على الشفيع • ويشترط لذلك أن تكـون السندات المنشئة لهـذه الحقوق قد شهرت بموافقة القانون • أى تم تسجيلها أو قيدها قبل تسجيل اعـلان الرغبة • وكمـا يجـوز للمشترى أن يبيع فى هذه الفترة يجـوز له أيضا أن يقايض على العقار أو يهبه • والمقايضـة والهبـة تمنعـان الشفعة • هـذا وللشفيع أن يطعـن فى تلك التصرفـات بالصورية فيثبت أنهـا ليست حقيقة • وكثيرا مايكـون مـن أثر هـذه الحقوق التى ترتبت على العقار احجام الشفيع عن أخـذ العقار بالشفعة • آو يعتبر البيع مـرة ثانية من التصرفات التى يجـوز للمشترى أن يبرمها فيحتج بها علـى الشفيع مادامت قد تمت قبل تسجيل اعـلان الرغبة • ويكون من أثـر هـذا البيع أن الشفيع لايأخـذ بالشفعة الا من المشترى الثانى وبالشـروط التى اشترى بها [(١)] وقد أشارت الى ذلك نص المادتين ٩٣٨،٩٤٧ مدنـى

---

(١) راجع د/البدراوى المرجع السابق ص ٤١٦ بند ٣٢١•

صراحة الى أنه اذا اشترى المشترى عينا تجوز فيها الشفعة ثم باعها قبل أن تعلن أية رغبة فى الأخذ بالشفعة أو قبل تسجيل هذه الرغبة طبقا للمادة ٩٤٢ مدنى • فلا يجوز الأخذ بالشفعة الا من المشترى الثانى وبالشروط التى اشترى بها • ويجب على الشفيع فى حالة البيع الثانى أن يتخذ الاجراءات ضد المشترى الأول بصفته بائعا والمشترى الثانى وهو المشفوع منه • وتسرى هنا المواعيد فى حقه من تاريخ انذاره بالبيع الثانى • ولكن يلاحظ أنه يجوز للشفيع أن يثبت صورية البيع الثانى أى أنه حصل بقصد التهرب من الشفعة أو تعويقها •

ثانيا : **التصرفات الحاصلة بعد اعلان الرغبة فى الشفعة :**

يعتبر التصرف الصادر بعد التسجيل لاعلان الرغبة غير محتجا به على الشفيع لأنه حفظ حقه بتسجيل اعلان الرغبة [(١)] • ولذلك فان الشفيع يتلقى العقار خالصا من هذه الحقوق • وعلى ذلك اذا باع المشترى العقار بعد تسجيل الشفيع اعلان الرغبة فلا يحتج بهذا البيع عليه • وله أن يمضى فى اجراءات الشفعة ضد المشترى الأول وبالشروط التى اشترى بها • وقد أمعن المشرع فى حماية حقوق الدائنين المقيدين قبل المشترى الذى ترتبت ضده هذه الحقوق • فحقوق أصحاب

---

(١) راجع نقض مدنى ١٩٥٠/٣/٩ مجموعة محكمة النقض السنة الأولى ص ٣١٢ " أنه اذا كان العقار المشفوع فيه مبيعا مع شرط اختيار الغير • فلا يجوز الاحتجاج على الشفيع بما ترتب على هذا الاختيار من حقوق لمن ادخلوا فى الشراء بعد تسجيل اعلان الرغبة • ولايسقط حقه فى الشفعة لعدم ادخالهم فى الدعوى بعد الميعاد "•

الرهون أو الاختصاص ، وان كان لايحتج بها على الشفيع لغيرها بعد تسجيل اعلان الرغبة ، الا أنها تنتقل الى ما آل الى المشترى من ثمن للعقار ، فلهؤلاء أولوية على هذا الثمن الذى يستحقه المشترى وهذا يفترض أن المشترى كان قد عجل الثمن الى البائع ، فهنا يلتزم الشفيع بآداء هذا الثمن للمشترى الذى يكون مودعا خزانة المحكمة ، أما اذا لم يكن المشترى قد عجل الثمن للبائع فان الثمن يكون مستحقا للبائع ، ومن ثم لاتنتقل حقوق دائنى المشترى عليه (١)

المبحث الرابع

الحيازة

تمهيد :

عالج المشرع الحيازة فى المواد من ٩٤٩ حتى ٩٨٤ مدنى فى الفصل الخاص بأسباب كسب الملكية ، غير أن المشرع أمعن فى هذه المعالجة ولم يكتف باعتبارها أحد أسباب كسب الملكية ، بل تناول الحديث عن الأحكام العامة للحيازة من حيث كسبها وانتقالها وزوالها ،ثم تناول الآثار المترتبة عليها من حيث الحماية القانونية لها عن طريق دعاوى الحيازة الثلاث

---

(١) راجع د/ البدراوى المرجع السابق ص٤١٧ بند ٣٢٢.

ثم كوسيلة لاثبات الملكية • ثم انتقل المشرع بعد ذلك الى التعرض لمعالجة التقادم المكسب • وكسب ملكية المنقول بالحيازة طبقا للقاعدة المعروفة : الحيازة فى المنقول سند الحائز " ثم ختم حديثه عن الحيازة بحق الحائز فى استرداد المصروفات من المالك المسترد ومسئوليته عن الهلاك • ومن ثم تأتى دراستنا للحيازة على النحو التالى : الأحكام العامة للحيازة من حيث كسبها وانتقالها وزوالها فى مطلب أول • ثم التعرض لكسب الملكية بالتقادم • أى التقادم المكسب فى مطلب ثان • ونتناول أخيرا كسب ملكية المنقول بالحيازة فى مطلب ثالث •

المطلب الأول

الأحكام العامة للحيازة

تمهيد :

استهل المشرع المصرى الأحكام العامة للحيازة بالحديث عن كسب الحيازة وانتقالها وزوالها فى المواد من ٩٤٥ حتى ٩٥٧ مدنى• ولما كانت هذه الأحكام تحتاج الى ايضاح تام من حيثتحليل فكرتها وكسب وفقد الحيازة وانتقالها وصفاتها وزوالها • فاننا سوف نعرض لما أجمله المشرع تفصيلا على النحو التالى :

أولا : فكرة الحيازة و عناصرها وأنواعها :

(أ) فكرة الحيازة فى ذاتها :

يقصد بالحيازة السلطة الفعلية لشخص على شىء يستعملها بصفته مالكا أو صاحب حق عينى عليه سواء استندت هذه السلطة الى حق من الحقوق أم لم تستند • وهى بالأحرى سلطان واقعى [١] وهذا السلطان يباشره الشخص على الشىء • قد يستند حقه على هذا الشىء كملكية أو انتفاع أو ارتفاق • وقد لايستند الى أى من هذه الحقوق • ويكون مستعملة عندئذ مجرد حائز • وهنا يبدو أنه هو صاحب الحق • ويعبر البعض فى الفقه عن ذلك [٢] أن الحيازة هى مظهر الحق • وهذا هو الوضع الغالب فى الواقع ولكن لايتطابق هذا المظهر فى بعض الأحيان فقد يبدو الحائز أنه لايستند الى حق ما ومع ذلك يتعامل على الشىء كما لو كان صاحب حق بالفعل على الشىء •ومن هنا اعتبر المشرع الحائز هو صاحب الحق حتى يقوم الدليل على عكس ذلك • أى أنه افترض قرينة قانونية قابلة لاثبات العكس [٣] فى عجز المادة ٩٦٤ مدنى التى جاء نصها " من كان حائزا للحق اعتبر صاحبه حتى يقوم الدليل على العكس "

---

(١) راجع د/البدراوى ،المرجع السابق ص٤٢٠فقرة ٣٢٣•

(٢) راجع د/البدراوى ،المرجع السابق ص٤٢٠ فقرة ٣٢٤•

(٣) راجع مؤلفنا ، الموجز فى أصول الاثبات عام ١٩٩٣ وحجية القرائن فى الاثبات •

ويترتب على هذا أن المشرع جعل الحيازة تكسب الملك . كما هو الحال اذا وقعت على مال لا مالك له أفادت الملك فى الحال . وهذا هو الاستيلاء . واذا وقعت على مال مملوك الغير اكتسبت الملكية بمضى مدة معينه وهذا هو التقادم . واذا وقعت الحيازة على منقول بسبب صحيح وحسن نيه من شأنها كسب الملكية أيضا فى الحال دون مضى مدة معينه والحائز له ثمار الشيء متى كان حسن النيه . ومن هنا كان للحيازة دور فعال . ولذلك وضع لها المشرع نظاما حمائيا متمثلا فى دعاوى الحيازة اعتبارا من المواد ٩٥٨ حتى ٩٦٢ مدنى . وهذه الدعاوى الثلاث هى منع التعرض ـ الاسترداد ـ وقف الأعمال الجديدة وتدخل دراسة هذا النظام الحمائى فى ظل قواعد قانون المرافعات المدنية والتجارية، ومن ثم نحيل فى شأنها إلى فقه المرافعات . ولكن الذى نود الاشارة اليه من خلال التطبيق العملى أنه يفضل استعمال دعاوى الحيازة عن دعاوى الحق . اذ أن المشرع لايتطلب من الحائز سوى اثبات حيازته فقط وهذا أيسر بكثير من دعوى الحق . ولذلك نجد أن المالك اذا انتزعت حيازته للشيء نجده يفضل اللجوء الى دعوى الحيازة بالاسترداد ولايلجأ الى دعوى الاستحقاق نظرا لما يتطلبه ثبوت الحق من اجراءات معقده ومما سبق نستطيع القول أن المشرع يحمى الحيازة مجردة سواء كان هو صاحب الحق بالفعل أم ليس كذلك . ولنا أن نتسائل عن الحكمة التشريعية فى ذلك . وبعبارة أخرى ما الذى دعى المشرع الى بسط هذه الحماية للحيازة سواء كان الحائز هو صاحب الحق بالفعل أم كان الشيء مملوكا لغيره ؟ نذهب مع ماقرر الفقه الى أن

حماية الحيازة فى الحالتين يقوم على اعتبارين هما : أولا : اعتبار يتعلق بالنظام العام • وثانيا : افتراض القرينة القانونية أن الحائز هو صاحب الحق • فالصالح العام يوجب دون أدنى شك احترام الحالات الواقعية • فاستعمال العنف والقوة لدى الحائز أمر يهدد النظام والأمن بالمجتمع • ولذلك وجب ألا يسمح به المشرع ولو كانت أعمال العنف صادرة من صاحب الحق نفسه • فاذا كان صاحب الحق يدعى أن الحائز يحوز الشيء بدون سند اذا كان يعتقد أن الحيازة اعتداء على حقه • فليس له أن يأخذ الحق بيده • وانما عليه السلوك القانونى المتبع • فاذا نجح فى اثبات الحق استطاع أن يجبر الحائز على احترامه وله أن يستعين فى ذلك برجال السلطة العامة • فحماية الحائز اذن هى من دواعى اجراءات الأمن المدنى [1] وضرورة لصيانة الأمن والنظام فى المجتمع وأما عن القرينة المفترضة فلجأ المشرع الى هذه الصياغة حتى يتولد لدى الناس فى المجتمع الاعتقاد أن الحيازة تستند الى الحق • فكثير من الأحوال تتطابق الحيازة مع الحق • ولكن قد يكون اثبات الحق فيه عنت لصاحبه فرسم له المشرع طريقا سريعا هو الحماية الوقتيه للحيازة • ولايجوز للمدعى فى دعوى الحق الاستناد الى الحيازة والا سقط ادعاؤه بذلك طبقا للمادة ٤٤ مرافعات •

---

(١) راجع د/ البدراوى ، المرجع السابق ص ٤٢٦ •

عناصـــر الحيـازة :

سبق أن أسلفنا أن الحيازة هــى سلطة فعلية لشخص على شيء أو هــى السيطرة المادية لشخص على شيء من الأشياء • يستعملها بنفســـه مالكـا أو صاحب حــق عينى عليه • ومــن هنا لابد من تحليل الحيـــازة الى عنصرين هما : العنصر المادى والعنصر المعنوى •

١ ـ العنـــصر المادى :

يقصد بالعنصر المادى السيطرة المادية • أى مجموعة الأعمال الماديـة التى تكونها • وهى تختلف باختلاف الشيء الذى ترد عليه والحـــق الذى يقصد حيازته • فان كـان هـذا الحق ملكية • فان السـيطرة المادية تكـون متمثلة فى الأعمـــال المادية التى تخــول المالـــك الاستعمال والاستغلال والتصرف (١) واذا كـان هـذا الحـــق ارتفاقا بالمرور فان السيطرة المادية تكـون بالمرور فى هـــــذا المكـان (٢) أما التصرفات القانونية مثل البيع والايجار لايكفى لتوفيـــر هـذا العنصر المادى • اذ يمكن أن يجريها من لايحــوز الشــــيء فعلا • ولابد لقيامه من عمل مادى ايجابى يستحوز له الحائــــــز على الشيء • ويجوز للحائز القيام بالأعمال المادية على الشــــيء

---

(١) راجع د/ جمال زكـــى ، المرجع السابق ص ٥٠٢•

(٢) راجع د/ السنهورى جـ٩ فقـرة ٢٥٩ ونقض مدنى١١/٥/١٩٣٩مجموعـة أحكـام النقض جـ٢ صـ ٥٥٤•

بنفسه . كما أنه يباشرها لحساب شخص أخر اذا كان متصلا به مثل تابعه . أي له مباشرة الحيازة عن طريق الوساطة ولايشترط أن يكون الوسيط تابعا كالخادم أو للحائز عليه سلطة التوجيه والرقابة فى خصوص مباشرة الحيازة . بل يمكن أن تكون لمن يستعمل الشيء لمصلحته كالمستأجر أو المستعير الذى يباشر السيطرة المادية بدلا من المؤجر أو المعير (١)

٢ - **العنصر المعنوى :**

يقصد بالعنصر المعنوى فى الحيازة . نية الحائز فى العمل نفسه أى نيه استعمال الحق محل الحايزة . وبعبارة أوضح وأيسر أنه يقصد بالعنصر المعنوى نية الحائز فى القيام بأعمال السيطرة المادية على الشيء باعتباره صاحب الحق عليه (٢) . وفى غالب الأحوال تقع الحيازة على حق الملكية (٣) . مما دعى بعض الفقهاء الى القول بأن العنصر المعنوى هو نيه العمل كمالك أى نية التملك (٤) ويميز العنصر المعنوى الحيازة القانونية عن الحيازة العرضية . وهذا العنصر المعنوى مفترضا . فيقع على عاتق من ينازع الآخر في حيازته أن يقيم الدليل

---

(١) راجع د/ عبدالمنعم فرج الصده، المرجع السابق، فقرة ٣٥٠ .

(٢) راجع د/جمال زكى ص٥٠٣، د/البدراوى فقرة ٤٥٨ .

(٣) راجع د/ جمال زكى، المرجع السابق ص ٥٠٤ .

(٤) راجع مارتى ورينو فقرة ١٥ .

على انتفاء نية الحيازة وعند الشك يفترض أن مباشرة الحيازة انما يجوز لحساب نفسه ٠ لأن الأصل أن الحائز يعمل لحساب نفسه ٠ وماجاء على خلاف الأصل يتعين اقامة الدليل عليه وعلى حد تعبير المذكرة الايضاحية " أن من عنده الحيازة يفترض أنه حائز لنفسه ٠ ويبقى حائزا لنفسه الى أن يقوم الدليل على أنه حائز لغيره أو أنه أصبح يحوز لغيره (١) ٠ والعنصر المعنوى على خلاف العنصر المادى صفة شخصية للحائز فلا يمكن أن يقوم غيره مقامه فيه على أن لهذا الأصل استثناء يريد عليه (٢) أنه يجوز لغير المميز اكتساب الحيازة عن طريق نائبه القانونى٠ لأن هذا العنصر المعنوى لايمكن أن يتوافر لدى عديم التمييز فأجازة المشرع ليجتمع عنصر الحيازة فى شخص نائبه بدلا منه ٠

(ب) **أنـــواع الحيازة :**

يقسم الفقه الحيازة الى نوعين : الحيازة القانونية والحيازة العرضية (٣) فالحيازة القانونية هى التى يترتب عليها جميع آثار الحيازة التى سبق أن ذكرناها ٠ أى الحيازة مكتملة العنصرين المادى والمعنوى أما الحيازة العرضية أو المادية فهى حيازة بدون نية أى يتخلف فيها العنصر المعنوى ٠ فالحيازة القانونية والعرضية يشتركان فى

---

(١) راجع بلانيول وريبير فقرة ١١٦٦٠
(٢) راجع المادة ٩٥٠ مدنى ٠
(٣) راجع د/محمد على عمران المرجع السابق ص١٧٦ " الحيازة الحقيقية والعرضية " د/جمال زكى ص٥٠٤ "الحيازة المادية والعرضية "٠

الركن المادى فقط • فالمستأجر وأن حاز الشىء بقصد استعماله لنفسه الا أنه لايحوزه بقصد استعمال حق عينى عليه ولذلك فان حيازته عرضية (١) أو هو يحوزها لحساب غيره وهو المؤجر المالك أو صاحب الحق العينى وهذا الأخير يحوز فى هذه الحالة بواسطة المستأجر • وكذلك الحال بالنسبة للمستأجر والمودع لديه وأمين النقل والوكيل المكلف بالبيع • والحائز العرضى يستند دائما فى حيازته الى سند قانونى يخوله مباشرة بعض أعمال الحفظ أو الحراسة أو الاستعمال أو الاستغلال على الشىء وهذا السند قد يتقرر بالاتفاق مثل الايجار أو الوديعة أو عن طريق حكم من القضاء كما هو الحال فى الحراسة القضائية أو بنص القانون كالولاية أو الوصاية • ويلتزم الحائز العرضى بمقتضى هذا السند برد الشىء •

وهذا التمييز بين نوعى الحيازة القائم على أساس نية التملك هو تمييز تقليدى فى الشرائع الاتينيه ومتفق مع نظرية سافينى وهى النظرية الشخصية للحيازة • والتى هاجمها الفقيه الألمانى ايهرنج فيرى هو صاحب النظرية المادية للحيازة " أن النيه لاتعتبر عنصرا مستقلا عن السيطرة الماديه بل تقوم هذه النية بقيام السيطرة المادية • فمادام الشخص يسيطر عن قصد بأعمال مادية على شىء معين بانصراف قصده الى هذه السيطرة ذاتها • ولو لم تكن لديه نية الاستئثار بحق عينى أو حق شخصى" ولايخرج من عداد الحائزين طبقا للنظرية المادية الا الأشخاص الذين يحوزن مال

---

(١) راجع د/ البدراوى ، المرجع السابق ص ٤٢٨•

الغير لحسابه أى بدون أن يفيدوا من هذه الحيازة لأنفسهم خاصة مثل الخدم ورعاة الماشية وسائقى السيارات الخاصة وأمناء المخازن والنقل (١)

وقد اعتنق المشرع المصرى النظرية الشخصية فى الحيازة من حيث استلزامها وجود الركن المعنوى فى الحيازة القانونية . بينما يرى البعض (٢) أن المشرع اعتنق النظرية المادية فى الحيازة . فلم يستلزم العنصر المعنوى فيها . ومن ثم فان دعاوى الحيازة يجب أن يتمتع بها كل الحائزين سواء كانوا حائزين قانونين . أم عرضيين وهذا ينطبق على الحارس والمستعير . وإيذاء هذا الخلاف الفقهى فاننا نرجح رأى جمهور الفقه الذى يذهب الى أن المشرع أخذ بالنظرية الشخصية ولايرى فى منح الحائز العرضى كما هو الحال فى حق المستأجر فى رفع دعاوى الحيازة أى دعاوى اليد طبقا للمادة ٥٧٥ مدنى ليس الا استثناء قصد به مواجهة أعمال التحدى التى قد توجه الى هذا المستأجر باعتباره طرفا ضعيفا فى العلاقة الايجارية (٣) ..

ولاتقوم الحيازة القانونية على عمل يأتيه شخص على أنه مجرد رخصة من المبيعات أو عمل يتحمله الغير على سبيل التسامح (٤) ذلك لأن اثبات الرخص لايتوافر فيه عنصرا الحيازة وأعمال التسامح ينتفى فيها العنصر المعنوى للحيازة . وتقدير ما اذا كان العمل يدخل فى أعمال التسامح أو يعتبر

---

(١) ابهرنج اساس حماية الحيازة "ترجمة موليتز الفرنسية ١٨٩٣.
(٢) راجع د/عبدالمنعم الشرقاوى أصول المرافعات ١٩٥٠ ص٢٦٧عكس د/الصده المشرع اتخذ موقفا وسطا "فقرة ٢٤٤".
(٣) راجع د/محمد على عرفه ج٢فقرة٧٤ . د/البدراوى فقرة ٤٨٧ . د/رمزى سيف قانون المرافعات المدنية والتجارية فقرة ١٢٠.
(٤) راجع نص المادة ٩٤٩ مدنى .

استعمالا لحق يوفر الحيازة القانونية للقائم به يرجع الى قاضى الموضوع بلا معقب عليه من محكمة النقض طالما كان تقديره سائغا (١)

كيفية التمييز بين الحيازة القانونية والعرضية :

هنا يثور التساؤل هل وضع المشرع طريقا معينا يجب اتباعه للتفرقة بين نوعى الحيازة على النحو الذى سبق ايضاحه ٠

عندما نستعرض نصوص التقنين المدنى الجديد نجد أن المشرع فى المادة ٢/٩٥١ مدنى أورد قرينة قانونية وهى وعند الشك يفترض أن مباشرة الحيازة انما يحوز لنفسه ٠ فان كانت استمرار لحيازة سابقة افترض أن هذا الاستمرار هو لحساب البادىء فيه " ٠ كما نصت المادة ٩٦٣ مدنى على أنه " اذا تنازع أشخاص متعددون على حيازة واحدة اعتبر بصفه مؤقته حائزة هو من له الحيازة المادية الا اذا ظهر أنه قد حصل على هذه الحازة بطريقة معيبه " ٠

يتضح مما سبق أن المشرع المصرى افترض أن الحيازة المادية تقوم قرينة على الحيازة القانونية ٠ فمن يحوز شيئا افترض أنه يحوزه لحسابه ولنفسه ٠ أى أن الركن المعنوى نية التملك فى الحيازة مفترض بمجرد وجود ركنها المادى ٠ وما على الحائز الا أن يثبت أنه حائز للشى حيازة

---

(١) راجع نقض مدنى ١٩٤٥/١/١١ مجموعة أحكام النقض جـ٤ ص ٥٣١٠

مادية • ومتى نجح فى اثبات ذلك قامت الحيازة المادية قرينة على العنصر المعنوى [١] وذلك حتى يثبت العكس أى الى أن يقوم الدليل على أنه حائز لحساب غيره أو أنه أصبح يحوز لغيره • ومتى قامت القرينة القانونية استطاع أن يتخذ منها أيضا قرينة على الملكية أو الحق نفسه [٢] • ولكن يلاحظ أن الحيازة المادية كما سبق تقوم على الحيازة القانونية اذا لم تكن هناك ثمة علاقة استخلاف بين المدعى والحائز • اما اذا كان المدعى خلفا للحائز فلا يجوز أن يحتج الخلف على السلف الا بالاتفاق الذى انتقلت اليه بمقتضاه الحيازة • فالمستأجر مثلا لايستطيع أن يتخذ من الحيازة المادية قبل المؤجر قرينة على الحيازة القانونية ثم منها قرينة على الملكية • فعقد الايجار الذى يحدد العلاقة بين المؤجر والمستأجر بالنسبة للحيازة فيكون المستأجر بناء على هذا العقد مجرد حائز مادى للعين المؤجرة • وبالتالى لايجوز له الاستناد الى القرينة الوراده فى المادتين ٩٥١/٢، ٩٦٣مدنى والدليل على ذلك ما أورده المشرع فى عجز النص الوارد فى المادة ٩٥١/٢مدنى على أنه " اذا كانت الحيازة استمرار لحيازة سابقة افترض أن هذا الاستمرار لحساب البادىء فيها " •

---

(١) راجع د/البدراوى المرجع السابق ص ٤٣٦•

(٢) راجع نص المادة ٩٦٤ مدنى -

نتائج التميز بين الحيازة القانونية والعرضية :

يترتب على التفرقة بين نوعى الحيازة على هذا النحو السالف ذكـــره النتائج الآتيه :

١ ـ الحائز حيازة مادية مهما طالت حيازته لايستطيع أن يتملك العيـــن بالتقادم أو يكتسب لنفسه حقا عينيا عليها • ومثل ذلك المســـتأجر مهما طالت مدة حيازته على العين المؤجـرة لايستطيع أن يتملكها •

٢ ـ لايتمتع بالحماية التشريعية التى أوردها المشرع فى دعـاوى الحيـــازة الثلاث : منع التعرض ـ الاسترداد ـ وقف الأعمـال الجديـــدة سوى الحيازة القانونية باستثناء قـرره المشرع فى المـادة ٥٧٥مدنـى وهى الخاصة بتخويل المستأجـر استعمال دعـوى وضع اليد •

٣ ـ الحائز العرضى لايستطيع التمسك بقاعدة الحيازة فى المنقول الواردة فى المـادة ٩٦٨ مدنـى •

تحـول الحيازة العرضية الى حيازة قانونية :

قد يثبت أن الحيازة لواضع اليد بدأت عرضية فهـى تستمر كذلـــك الى أن يثبت واضع اليد تغيير صفة حيازته من عرضية الى قانونية ويطلق البعض فى الفقة على ذلك " تغيير الصفة أو السند "[١] والأمر الذى نـــود ايضاحــه

(١) راجع نقض مدنى٢٨/١٢/١٩٦١مجموعة محكمة النقض السنة١٢ص٨٣١ ونقض مدنى٣١/١٠/١٩٣٥مجموعة عمر جـ٣ ص٩١٢•

تغيير الصفة أو السند لايمكن أن يترتب على مجرد تغيير وضع اليد قصـــده ونيته . فلا يجوز أن يصبح واضع اليد حائزا قانونيا لمجرد أنه قصـد فيما بينه وبين نفسه تملك الشيء خروجا منه على سند وضع يده . وهـذا هو ما أكد المشرع المصرى النص عليه صراحة فى عجز المادة ٩٧٢ مدنـي وليس لأحـد أن يكسب بالتقادم على خلاف سنده . فلا يستطيع أحـد أن يغير لنفسه سبب حيازته ولا الأصـل الذى تقوم عليه هـذه الحيازة وهـذا التغيير لايقع بمجـرد حلول الأجـل الذى يجب على الحائز العرضى رد الشيء الى الحائز القانونى فلا يعتبر المستأجـر حائزا قانونيا لمجـرد انتهاء الايجـار وبقاؤه فى العين المؤجـرة . ولايصبح الوصى حائزا قانونيا لمجرد بقاء المـال تحت يده بعد انتهاء فترة الوصاية . وكذلك الأمـر اذا ورد فى العقـد شرطا فاسخا صريحا على انفساخ العقد لمجرد الامتناع عن دفع الأجـرة فى مواعيدها فان المستأجـر لايكون له التملك بأن حيازته تحولت من عرضيـة الى قانونية [1] ولكن يصح للحائز العرضى أن يغير سنده اذا اتخذهـذا التغيير مظهـرا خارجيا قاطعا فى الدلالة على هذا التغيير . وهـذا التغيير امـا أن يكـون باحدى طريقتين نص عليها المشرع فى الفقرة الثانيـة من المادة ٩٧٢ مدنى " ..... ولكن يستطيع أن يكسب بالتقادم اذا تغيرت صفة حيازته اما بفعل الغير واما بفعل منه يعتبر معارضة لحق المـالك ولكن فى هذه الحالة لايبدأ سريان التقادم الا من تاريخ هـذا التغيير .

---

(١) راجع نقض مدنى ١٩٦١/١٢/٢٨ مجموعة محكمة النقض السنة ١٢ ص٨٣١ ونقض مدنى ١٩٣٥/١٠/٣١ مجموعة عمر جـ٣ ص ٩١٢ .

يتضح من هـذا النص أن تغيير صفة الحيازة العرضية يمكن أن يتم كما سبق القول باحدى طريقتين :

(أ) **الطريقة الأولى : " بفعل صادر من واضع اليد "**

يقصد بذلك تغيير صفة الحيازة يصح أن يقع صادرا من واضع اليد مايعتبرمعارضة لحق المالك أى يصدر فى مواجهة المالك فعل من جانب الحائز يعتبر انكارا منه لحق الأول وكشفا عن قصده فى أنه يحوز منذ هذا الوقت الشيء لحسابه • كأن ينتهى الايجار مثلا • ويطلب المؤجر المستأجر برد العين فيمتنع عن ذلك مقررا أنه كشف مايثبت أن العين المؤجرة كانت ملكا لسلطة وأن المؤجر ليس سوى غاصبا لها • ولايشترط أن يكون ادعاء المستأجر له أساس وانما المهم أن نقرر هنا أنه لم يعد مجرد حائز عرضى بل تغيرت صفته الى حائز قانونى • فهو قد تحول من حائز لحساب الغير الى حائز لحساب نفسه • ولاشك أنه يحق للمؤجر عندئذ أن يكذب ادعاء المستأجر • ولكن اذا لم يقم بذلك واستمر هذا السكوت حتى مضت مدة التقادم يستطيع الحائز التمسك بملكية العين • ولكى ينتج هذا التغيير أثره • لابد أن يكون الفعل الصادر من الحائز والذى يتغير صفته موجها ضد المالك • أى لابد من قيام نزاع فيما بينهما • ولايشترط أن يكون النزاع قضائيا [1] • ويترتب على ذلك أن قيام المستأجر بهدم

---

(١) راجع د/البدراوى المرجع السابق ص٤٤٠ فقرة ٣٢٥•

جـزء من العين المؤجـرة أو اقامة بناء فيها لايعدو وحـده دليلا علـى تغيير صفته مالم يقترن هـذا بمواجهة المالك والحائز معارضته فى الملـك وذلك حتى لايكـون هناك أدنى شك لدى هـذا فى قصد الحائز . وقـد أكـدت محكمة النقض المصرية شرط المجابهة بين الحائز والمالك " أى المعارضة فى الملك " فى حكم شهير لها فقضت [١] بأن تغيير الصفة فى وضـع اليـد لايكـون الا بعمل مادى أو قضائى يجابه لصاحب الحق . واذن فاذا باع المحتكـر العين دون أن يشير فى العقـد الى أنهـا محكـرة فذلـك منه لايعد تغييرا فى الصفة لأنـه لم يحصل فى مواجهـة الواقف.ولذلـك أيضا لايعـد تغييرا للصفة مجـرد ذكـر الحائز فى محضر الجرد أنه مالك".

(ب) **الطريقة الثانية : بفعل يصدر من الغير "**

أى التغيير بموجب سند من شأنه نقل الملكية أو الحـق العينى على الشيء الذى كـان يحـوزه من قبل بسند عرضى . ومثل ذلـك المشترى الذى يكـون مستأجـر للعين من غير المالك لها . فهـو بهذا السـند الجديد وهـو عقد الشراء وان لم يصبح مالكا الا أنه أصبح حائزا قانونيا بعـد أن كـان حائزا عرضيا [٢] . ولكن يجب التنويه أنه يشترط فى هذا السـند الذى يغير صفة الحائز من حيازة عرضية الى قانونية أن يكـون ناقلا للملكيـة

---

(١) راجع نقض مدنى ١٩٥٥/٣/٣١مجموعة محكمة النقض السنة ٦ص٨٧١.

(٢) راجع نقض مدنى ١٩٣٦/٤/٢٣ مجلة المحاماه السنة ١٧ ص ٧٩.

أو منشئا لحقوق عينيـــه • وبالتالى لاتصلح القسمة كسبب لهـذا التغـــييـر اذ القسمة ذات أثـر كاشف فلا تكفى لتغيير الصفة [١] • ولكـــن التســـاؤل الذى يثير الاهتمـــام هنا هــل يشترط أن يكون الحائز جاهــلا بـــأن السند الجديد قد صدر من غير مالك وبعبارة أوضح هــل يشترط أن يكـــون الحائز حسن النيه حتى يتم تغيير صفة الحيازة العرضية الى حيازة قانونيـــة ؟ تنازع الفقه فى الاجابة على ذلك التساؤل الى اتجاهين :

الاتجـاه الأول :

أنه لايلزم أن يكـون الحائز جاهــلا أن السند الجديد قد صـــدر من غير مالك • فتتغير الصفـــة حتـــى ولو كـــان الحائـــز سيء النيه [٢] •

الاتجـاه الثانى :

يذهب أنصار هـــنا الاتجـــاه [٣] الى عكس ماذهب اليـــه أنصـــار الاتجـاه الأول وقـرروا أنه لاينتج السند الجديد أثره فى تغيير الصفة الا اذا كـان الحائز حسن النيه أى يعتقد أن السند الجديد قد صــدر من المالـــك الحقيقى • ونرى أن الاتجاه الثانى هــو الراجح لأن عدم الاعتداد بحسن النيـه فيه مخالفة لنص المـــادة ٩٧٢ مدنى التى تقضى بأنه لايجوز للحائز أن يغيـــر لنفسه سبب حيازته ولا الأصل الذى تقوم عليه • ولاشك أن الحائز سيء النيه

(١) راجع أوبرى ورد ج ٢ ص ١٨٠•
(٢) راجع لوران ج ٣٢ رقم ٣١٦ ، د/السنهورى فقرة ٢٧٢•
(٣) راجع أوبرى ورد ج٢ رقم ١٨٠ ، بيران ج ٤ فقرة ٦٦٥•

يغير لنفسه سبب حيازته والأصل الذى تقوم عليه وان كان ذلك عن طريق اشراك الغير وهو غير المالك معه فى ذلك [1] ومما هو جدير بالذكر أن الحائز سيء النيه يستطيع مع ذلك تغيير صفته بالطريقة الأولى وليس بهذه الوسيلة الثانية • هذا ويكفى الصفة أن يكون الحائز العرضى قد تلقى عن الغير سندا يعتقد أنه نقل اليه الملكية أو الحق دون حاجة منه الى اعلان من صدر له منه السند القديم بهذا السند الجديد • وهذا ظاهر لأن تغيير الصفة قد تم نتيجة لتغيير الحائز نيته على أساس السند الجديد من ناحية احتاط وأعلن هذا السند لدل ذلك على أنه ليس حسن النيه • ولكن يجب من ناحية أخرى أن يطابق سلوكه بعد صدور هذا السند الجديد مقتضى الحق الذى كسبه بهذا السند أما اذا استمر فى علاقته مع من تلقى عنه السند القديم • على ماكان عليه قبل صدور السند الجديد• ومثل ذلك حالة المستأجر الذى يستمر دفع الأجرة • لم يكن للسند الجديد أى أثر تغيير صفة الحيازة وتغيير صفة الحيازة لايفترض وانما على من يدعيه اقامة الدليل على حصوله • فالقاعدة العامة كما أوردها المشرع فى المادة ٩٦٧ مدنى " أن الحيازة تبقى محتفظة بالصفة التى بدأت بها وقت اكتسابها مالم يقم دليل عكس ذلك " وكذلك المادة ٢/٩٥١ مدنى " اذا كانت الحيازة استمرارا لحيازة سابقة افترض أن هذا الاستمرار هو لحساب البادىء فيها " ويخضع اثبات تغيير الحيازة للقواعد العامة فى الاثبات • فاذا استند الى وقائع مادية له الاثبات بكافة الطرق

---

(١) راجع د/محمد على عرفه فقرة ٨٩،د/اسماعيل غانم ص١٥١،د/منصور مصطفى فقرة ١٦٣ ،د/عبدالفتاح عبدالباقى فقرة ٢٩١.

أما اذا استند الى تصرف قانونى يجب مراعاة قاعدة الاثبات بالكتابة الواردة فى المادة ٦٠ اثبات ومايرد عليها من استثناء (١).

ثانيا : كسب الحيازة وفقدها :

(أ) كسب الحيازة :

١ - كسبها ابتداء وانتقالا :

قد تكتسب الحيازة ابتداء بإرادة الحائز وحده الذى يضع يده على الشيء ويستعمله لحسابه . كما أنها قد تكتسب انتقالا عن حائز سابق فيتم كسب الركن المادى فيها عن طريق التسليم من الحائز السابق أو بالخلافة عنه بسبب الوفاة . ويجب التمييز بين الحالتين ففى الحالة الأولى : يجب لوجود الحيازة أن يتوافر فى الركن المادى جميع الشروط التى سبقت الاشارة اليها عند الحديث عن الركن المادى . فيلتزم أن يصدر من الحائز أعمال كافيه لاعطاء حيازته مظهر الحق . أما فى حالة اكتساب الحيازة انتقالا أى استخلافا عن حائز سابق فان الركن المادى فيها يكتسب بمجرد التسليم .

---

(١) راجع مؤلفنا ، موجز الاثبات فى المواد المدنية عام ١٩٩٣ "الاثبات بالكتابة فى التشريع المصرى ص ١١٩."

٢ ـ كسبها بطريق الحائز أو بطريق الغيـــر :

أثبت الواقع العملى أن الحائز للشيء بنفسه يجمع بين الركنين المادى والمعنوى • فهـو يحـــوز الشيء ماديا بنفسه بقصد استعمال حـــق عينى عليه • ويجوز أيضا أن تكسب الحيازة بواسطة الغير متـــــى كـان الغير يحـوز لحساب الحائز أو بالنيابة عنه • ولكـن لاتجرى الأحوال على هذه الشاكلة • فقـد تكتسب الحيازة بالنيابة أو بالواسـطة وهنـا يتعين التمييز بين الركن المادى والمعنوى • فالركن المـــادى فى الحيازة هنا يجـوز أن ينوب فيه عن الحائز غيره • فليـــــس من الضرورى أن تصدر الأعمال المادية للاستعمال المكون لهـذا الركـن من الحائز نفسه شخصيا بل يصح أن تصدر هـذه الأعمال التـــــى يكتسب بها وضع اليد من الغير الذين ينوبون عـن الحائـــــز أو التابعين له • وهـذا ماسبق أن أشرنا اليه سلفا فى عجـــــز المـادة ١/٩٥١ مدنى • وهـذه الحيازة بالواسطة لاتفترض •بمعنـــى أنه اذا وجدت السيطرة المادية عند شخص افترض أنه يباشـــــــرها لحساب نفسه لا لحساب غيره فيكـون هـو الحائز القانونى • اذ أن الحيازة المادية تفترض وجـود العنصر المعنوى حيث يثبت العكـــس كما سبق أن ذكرنا • وعلى من يدعى أنه الذى يباشر السيطرة المادية انما يباشرها نيابة عنه أن يثبت ذلك [١] ومـن ناحية أخـــــرى

---

(١) راجع د/البدراوى ،المرجع السابق ص٤٥٣ بند ٣٤٣٠

اذا ثبت أن شخصا يباشر السيطرة المادية بالوساطة عن غيره فانه يفترض أنه مستمر على هذه الصفة أى أنه يحوز لحساب الغير. مالم يقم الدليل على تغيير صفته وأنه أصبح يحوز لحساب نفسه ولهذا نجد أن المادة ٢/٩٥١ مدنى نصت على أنه " عند الشك يفترض أن مباشر الحيازة انما يحوز لنفسه . فان كانت استمرارا لحيازة سابقة افترض أن هذا الاستمرار هو لحساب البادىء بها " (١) .

(ب) **فقد الحيازة :**

نصت المادتين ٩٥٦ ، ٩٥٧ مدنى على فقد الحيازة وزوالها فجاء نص المادة ٩٥٦ مدنى " تزول الحيازة اذا تخلى الحائز عن سيطرته الفعلية على الحق أو اذا فقد هذه السيطرة بأية طريقة أخرى . ثم جاء نص المادة ٩٥٧ مدنى " لاتنقضى الحيازة اذا حال دون مباشرة السيطرة الفعلية على الحق مانع وقتى . ولكن الحيازة تنقضى اذا استمر هذا المانع سنة كاملة . وكان ناشئا من حيازة جديدة وقعت رغم ارادة الحائز أو دون علمه . وتحسب مدة السنة ابتداء من الوقت الذى بدأت فيه الحيازة الجديدة اذا بدت علنيا أو من وقت علم الحائز الأول بها اذا بدأت خفيه " .

---

(١) راجع د/ جمال زكى ، المرجع السابق ص ٥٤٦.

يتضح من هـذا التنظيم التشريعى أن الحيازة تـــزول أو تفقد بفقد أحـد ركنيهـا أو بفقدهما معا ٠ وأمـا عن فقد ركنيهـا معا المادى والمعنـوى فانه تقع باحـدى طريقتين : التصرف أو التخلى (١) فالحيازة تفقد بتصرف الحائز فى الشىء وتسليمه الى المتصرف اليه ٠ كـأن يبيعه (يسلمه الى المشـترى ٠ وهـى تفقـد أيضا اذا ترك الحائز الشـىء بقصـد التخلى عنه نهائيا ٠ فيصبح من الأشياء المتروكة ٠ ويقع ذلك عـادة بالنسبة للمنقولات التى يتخلى عنها حائزها لعـدم نفعها له ٠ وأمـا عـن زوال أحـد أركانها فتزول الحيازة بفقد الركـن المعنوى حتى ولو احتفـظ الحائز بالركـن المادى ٠ ويقع هـذا فى حالة ما اذا تصرف الحائـز فى الشىء ولكنه استمر واضعا يده عليه بصفته مستأجرا أو مودعـا لديـه فهـو فى هـذا الغرض قـد أصبح حائزا لحساب الغير بعد أن كـان حائزا لحساب نفسه ٠ وتـزول الحيازة أيضا بزوال الركـن المادى ٠ وهـو يقـع امـا نتيجة لاستيلاء الغير على الشىء محل الحيازة أو بخروجـه ماديا من حيازة الحائز بدون فعل الغير ٠= ففى الحالتين لايستطيع الحائـز أن يباشـر على الشىء أعمـال الحيازة المادية ٠ ولذلك فهـو يفقـد الحيازة ولو ظل راغبا فى استرداد الشىء ٠ وتفقد حيازة المنقـول تطبيقـا لهـذا اما باستيلاء الغير عليه ٠ أما العقار فالغالب أن تفقد حيازتـه نتيجة لحيازة الغير له حيازة معارضة للحيازة الأولى ٠ ولكـن يلاحـظ أنه اذا فقدت حيازة العقار نتيجة لفقـد الركـن المادى لفعل الغير ٠ فليس معنـى

---

(١) - راجع د/البدراوى المرجع السابق ص٤٥٦٠

هـذا فقـد الحائز حقه فى حماية الحيازة • فهـو يستطيع استعمال دعـوى استرداد الحيازة خـلال سنة مـن فقدهـا • واذا نجح الاسترداد تعتبـر حيازته كأنهـا لم تفقد وعلى العكس من ذلك اذا مضت مدة السنة دون استرداد الحيازة أو رفعه الدعـوى باسترداد الحيازة فانه يفقد الحيازة نهائيا • ونـود الاشارة هنا الـى أن المشرع فى الفقـرة الأولى من المـادة ٩٥٧ مدنـى سالف الذكـر قـرر أن الحيازة لاتفقـد اذا حـال دون مباشـرة الأعمـال المادية مانع وقتى • فطالمـا أن هـذا المانع ليس ناشـئا مـن حيازة جديدة فان الحائز يظـل معتبرا حائزا قانونا للشىء • كما اذا طغـى فيضان على الأرض • أو حـدث احتلال من العدو للأرض • أو حالت قوة قاهـرة أخـرى دون حيازة الشىء[1] • ويقصـر البعض فى الفقه هـذا الفقـد على العقار [2] ولكـن هـذا الرأى لايتفق مع ورود النـص بعبارة مطلقـة ومن ثم يتعين تطبيقه على المنقول • ولكـن الحيازة تنتفى اذا استمر المانـع سنة كاملة • وكـان ناشئا عن حيازة جديدة وقعت رغم ارادة الحائـز أو دون علمه • وتحسب السنه ابتداء من الوقت الذى بدأت فيه الحيازة الجديدة اذا بدأت علنا • أو مـن وقت علم الحائز الأول بها اذا بدت خفيه • ذلك أن الحائز اذا اغتصب منه العقار الذى يحـوزه عنـوة أو خفية • كـان لـه رفـع دعـوى اسـترداد الحيازة كمـا سبق القـول •[3] ولكـن ليس معنـى هـذا الحكـم الوارد فى المادة ٩٥٧ مدنى أن الحيازة لم تفقد بمجـرد فقـد

---

(١) راجع نقض مدنى٣/١٢/١٩٦٣مجموعة أحكام النقض فىستون عاما ص٣٣٧•

(٢) راجع د/محمدعلى عرفه فقرة٨٧"أما اذا سرق المنقول فان الحائز يفقـد حيازته بمجـرد السرقة " •

(٣) راجع د/عبدالمنعم الشرقاوى ،المرجع السابق ص ٢١٢•

الركن المادى . أو أن التقادم لايسرى لصالح الحائز الجديد الا بعد مـرور السنة المشار اليها . بل ان كـل مافى الأمـر أنـه عند فقد الحائز الحيـازة بسبب وضع يد الغير . تبدأ فتـرة انتظار مدتها سنة . فاذا نشط الحائـز خلالهـا واسترد الشيء عادت له الحيـازة غير منقطعـة . أما اذا قعـد عـن استردادها ومضت السنة اعتبرت الحيازة مفقوده لامـن يوم انتهـاء هـذه السنة بل من يوم فقد وضع اليد أى فقـد الركن المادى . أى مـن اليوم الذى بدأت فيه حيازة الغير (١).

ثالثا : انتقال الحيازة : " الاستخلاف فى الحيازة "

تناول المشرع انتقال الحيازة فى المـواد من ٩٥٢ حتى ٩٥٥ مدنـى ومن خـلال هـذا التنظيم التشريعى تستطيع معالجة انتقال الحيازة أو وصـل أو ضـم الحيازة طبقا لتعـبير الفقه الفرنسى (٢) . مـن حيث انتقالهـا اما بسبب خاص أو بسبب عام . ولكن يفضل قبل ذلك بيـان المقصود بهـذا الانتقال أو ضم الحيازة . ونرى أنه يقصد بذلك افادة الحائز من حيازة سلفة الذى تلقى عنه العين المحوزة بحيث يضم مدة حيازة السلف الى مدة حيازتـه لتتكـون منهما مـدة واحدة . والفرق بين ضم الحيازة أو انتقالها بسـبب عام أو بسـبب خاص هـو أن انتقال الحيازة بسبب عام أنهـا تنتقل بصفاتهـا اذ أن الحيازه ليست حيازة جديدة بل هـى استمرار لحيازة السلف . أمـا

---

(١) راجع د/ البدراوى ، المرجع السابق ص ٢١٢.

(٢) راجع بلانيول وريبير ج ٣ فقـرة ٧١٨.

انتقالها بسبب خاص فانهـا تبدأ حيازة جديدة مستقلة تأتى فى أثـــر الحيازة السابقة [١] ومـن هنا لابد لنـا من ايضاح انتقـال الحيازة الـى الخلــف العام على النحـــو التالى :

(أ) **انتقال الحيازة الى الخلف الخاص** [٢] :

أشار المشرع المصرى الى هذا الانتقال فى عجـز المادة ٩٥٢ مدنـى التي جـاء نصهـا " تنتقل الحيازة من الحائز الى غيره اذا اتفقا على ذلـك وكـان فى استطاعة من انتقلت اليه الحيازة أن يسيطر على الحق الوارد عليـه الحيازة • ولو لم يكـن هناك تسليم مادى للشيء موضوع الـحق "•

يتضح من هـذا النص أن الأصل فى الحيازة أنها تنتقل مـن السلف الى الخلف بالاتفاق المصحـوب بالسيطرة الفعلية على الشيء الى الخلـف على أن انتقال الحيازة قـد يكـون ماديا نتيجـة للتسليم الفعلى أو معنويـا نتيجـة للتسليم الحكمى • أو يكـون الانتقال رمزيا نتيجة للتسليم عـن طريق التمكين منه • (الذى ينتقل فى هذه الحالات هـو العين محل الحيازة لا الحيازة فى ذاتها [٣] وذلك لأن الخلف الخاص ومن فى حكمـه لاتنتقـل اليه حيازة سلفه • بل يبدأ حيازة جديدة • ونرى أن المشرع المصرى قد تجاوز فى تعبيره الوارد بالنص " بانتقال الحيازة " [٤].

(١) راجع د/ البدراوى ،المرجع السابق ص ٤٥٩•

(٢) راجع د/جمال زكى ،المرجع السابق "يقصد بالخلف الخاص المشترى والموصى له

(٣) راجع د/جمال زكى المرـع السابق ص٥٣٠•

(٤) راجع أوبرى ورو جـ٢ص١٣٦ ٥يمكن القول بأن الحيازة واقعة مادية لايمكن أن تنتقل •بل الذى ينتقل هو المزايا التى رتبها القانون عليها"

فالانتقال الفعلى للحيـــازة يكون بتسليم العين محل الحيازة تسليما فعليا ويحصل هـذا التسليم علـى الوجه الذى يتفق مع طبيعة العين • والانتقال المعنوى للحيازة يكون بتسليم العين محل الحيازة تسليما حكميا يتم بمجـــرد تغيير النيه • والانتقال الرمـزى يكون عن طريق التمكين من هـذه الحيـــازة وتطبيقا لذلك • فان تسليم المستندات المعطاه عن البضائع المعهـود بها الـــى أمين النقل أو المودعه فى المخازن يقوم مقام تسليم البضائع ذاتها • ولكـن اذا اجتمعت الحيازة الرمزية مع الحيازة الفعلية بأن سلمت هـذه المستندات الـــى شخص وسلمت البضائع المعطاه عنها السندت الى شخص آخـر واقترنا بحســـن النيه فضلت الحيازة الفعلية اذا تسلم شخص هذه المستندات وتسلم آخـــــر البضاعة ذاتها • وكـان كلاهما حسن النيه فان الأفضلية تكـون لمن تســـلم البضاعة • ذلك لأن الحيازة المادية أكثر واقعية من الحيازة الرمزية من ناحيــــة ولأن من حصل على الحيازة المادية جدير به أن تكون أكثر اطمئنانا ممـــــن لم يحصل الا على حيازة رمزية من ناحية أخـرى • ومما هـو جديـــــر بالذكـر أن حيازة السلف لاتنتقل الى الخلف الخاص • بل تبدأ له حيـــازة جديدة مستقلة عـن حيازة سلفه تتميز بصفاتها الخاصة التى قـد تختلف عـــن الصفات التى كانت عليها عند السلف (١) ويترتب على كـون الحيازة للخلف الخاص حيازة جديدة وليست استمرارا لحيازة سلطة أن توجد حيازتان احداهما حيـــازة السلف والأخـرى حيازة الخلف الخاص • وان كان يجوز لهذا الأخيـــــــر

---

(١) راجع د/محمد على عرفه جـ٢ فقرة٨ د/السنهورى جـ٩ الوسيط فقرة٣٠٦ •

ضم مدة حيازة سلفه الى مدة حيازتـه اذا كانت له مصلحة فيه . فاذا اشـترى شخص منقولا من مستأجـرة كانت حيازة السلف حيازة عرضية . حين أن حيازة الخلف الخاص حيازة قانونية تكسب ملكية المنقول الذى اشتراه اذا كـــــان حسن النيه (قت الشراء . واذاا استأجـر شخص عقارا من مغتصبه لم تنتقـل اليه سوى الحيازة العرضية لأنه يحـوز العين المؤجره لحساب المؤجـــــر حين أن هــذا الأخير حيازته حيازة قانونية . وقد تكـون حيازة الســـلف مشوبه بعيب الخفاء أو الغموض أو اللبس . حين تكـون حيازة الخلف الخاصـة ظاهرة واضحة . وقد تكـون حيازة السلف على العكس سليمه خاليه حيـــن تكـون حيازة الخلف الخاص مشوبة بالخفاء أو عدم الاستمرار وقد يكون السلــف حائزا سيء النيه . حين أن الخلف الخاص حسن النيه فى حيازته ولمــــا كانت حيازة هــذا الأخير حيازة جديدة وليست استمرار لحيازة سلفه فــــان قرينة حسن النيه تقوم لمصلحته فالأصل هــو حسن النيه الى أن يقــــدم الدليل على سوء نيته . سواء كان سلفه حسن النيه أم سيء النيـــــه ورغم أن حيازة الخلف الخاص حيازة جديدة ومستقلة عن حيازة سلفه فانــــه يجــوز له أن يضم حيازته الى حيازة سلفه فى كـل مايرتبه القانون على الحيـازة مـن آثر . فالخلف الخاص بالخيار طبقا لمصلحته بين أن يضم حيــــازة سلفه الى حيازته أولا يضمهـا ومن ذلك "كما لو كان البائع قد حاز مـــــدة أثنى عشر سنه والمشترى مدة ثلاث سنوات + فلا يستطيع المشترى التمسك بالتقادم القصير . اذ لايجـوز له أن يكمل المدة التى حاز فيها بحسن نية الـــــى خمـس سنوات . ولكـن يستطيع التمسك بالتقادم الطويل . اذ لايجـوز له أن

يغير حيازته كما لو كانت حيازته بسوء نيه فيكمل مدتها خمس عشرة سنة بضم مدة سلفه " (١)، (٢).

(ب) انتقال الحيازة الى الخلف العام :

أورد المشرع هذا الانتقال فى المادة ١/٩٥٥ مدنى " تنتقل الحيازة الى الخلف العام بصفاتها " . ويقصد بالخلف العام الوراث والموصى له بحصة معينه فى مجموع التركة بحيث تعتبر حيازته استمرار لحيازة السلف وتنتقل الحيازة هنا من الحائز الى الخلف العام بحكم القانون . كما تنتقل اليه أمواله دون حاجة الى تسليم فعلى بمجرد الوفاة (٣) بحيث تستمر حيازة المورث ذاتها بصفاتها معيبه أو سليمه بحسن أو بسوء نيه لدى الوراث الذى لايبدأ من ثم حيازة جديدة . لأن المورث هو والورثة شخصية واحدة بالنسبه لوضع اليد (٤) . على أن حيازة المورث اذا كانت مشوبة بعيب كالخفاء أو الاكراه فان هذا العيب يمكن أن يزول لدى الوارث كما يمكن أن يزول لدى مورثه . واذا كان المورث حسن النيه فى حيازته انتقلت الحيازة الى الوارث مقترنة بحسن النيهاليه أن يعلم أن حيازته اعتداء على حق الغير . أو يعلن بصحيفة الدعوى فيصبح هذا

---

(١) راجع مجموعة الأعمال التحضيرية جا٦ص٤٦٣.

(٢) راجع نص المادة ٢/٩٥٥ مدنى مصرى .

(٣) راجع د/السنهورى المرجع السابق ص ٢٢٩.

(٤) راجع استئناف مصر٢٨/١١/١٩٥٠مجلة المحاماه النسة ٣١ رقم٤٤٨ ص ١٥٢٤.

العلم • أو من تاريخ هذا الاعلان سيء النيه • أما اذا كان المورث سيء النيه • انتقلت الحيازة الى الوارث مقترنة بسوء النيه • ولكن يستطيع الوارث أن يثبت حسن النيه لايعتقد أنه فى حيازة مورثه اعتداء على حق الغير• حين يعتبر الوارث حسن النيه منذ انتقال الحيازة اليه • ومادامت حيازة الوارث استمرارا لحيازة المورث • فتضم مدة حيازة المورث الى مدة حيازة الوارث اذا كان أثر الحيازة الذى يتمسك به الوارث يقتضى مدة معينه مثل دعاوى الحيازة أو التقادم المكسب •

رابعا : عيوب الحيازة :

تناول المشرع عيوب الحيازة فى عجز المادة ٢/٩٤٩ مدنى " واذا اقترنت باكراه أوحصلت خفيه أو كان فيها لبس فلا يكون لها أثر قبل من وقع عليه الاكراه أو أخفيت عنه الحيازة أو التبس عليه أمرها • الا من الوقت الذى تزول فيه هذه العيوب "•

يتضح من هذا النص التشريعى أن المشرع اشترط فى الحيازة صفات يمكن اجمالها فى : يجب أن تكون الحيازة هادئه وظاهره وغير غامضة ومن ثم وقد حصر عيوب الحيازة فى ثلاث هى : الاكراه _ الخفاء _ اللبس وأساس استلزام هذه الصفات [1] أن الحيازة تعتبر مظهرا للحق وخاصة أن المشرع يفترض وجود النيه من مجرد الحيازة المادية•

---

(١) راجع د/البحراوى ، المرجع السابق ص ٤٦٩•

فحيازة الشخص شيئا واستعماله عليه حقا عينيا تولد مظهرا خارجيا يعتبره المشرع دليلا على وجود الحق أو قرينة عليه . على أنه يجب أن تقوم هذه القرينة على أن الحيازة قد بدأت واستمرت في ظروف تنقضي قيامها وتهدم احتمال صدقها . والحيازة المعيبه بالاكراه أو الخفاء أو الغموض لايترتب عليها أثر . ولكن الحيازة مع ذلك قائمة . ولذلك فان الحيازة المعيبة تظل منتجة لآثار الحيازة القانونية الا ضد من عيبت في مواجهته. فعيوب الحيازة هى عيوب نسبية ولكن هناك خلاف فقهي حول اضافة عيب الى هذه العيوب الثلاثة هو عيب الاستمرار (١) ومقتضى عدم الاستمرار هو عدم مباشرة أعمال السيطرة المادية فى فترات منتظمة أو متقاربة على نحو مايجريه عليه صاحب الحق الحريص الذى يعمد الى استخلاص جميع الفوائد التى يمكن أن ينتجها حقه . وتقدر استعمال الحيازة طبقا لطبيعة الحق محل الحيازة . وعدم الاستمرار يعتبر فى نظر أنصار هذا الرأى عيب مطلق . ويجوز لكل ذى مصلحة أن يتمسك به فى مواجهة الحائز على خلاف عيوب الحيازة الأخرى فهى نسبية كما سبق أن ذكرنا الا أننا نساير الاتجاه التشريعي الوارد فى النص سالف الذكر ونرى أن عيوب الحيازة ثلاث هى الاكراه - الخفاء - اللبس . والتي سوف نتولى شرحها تباعا فيما يلى :

---

(١) راجع د/جمال زكى ،المرجع السابق ص٩١٥هامش٢١ وأن عدم الاستمرار ليس عيبا وانما هو امر يحول دون قيامها كلية لأن مقتضاها تخلق الركن المادى ،د:الصدة فقرة ٣٦٧.

(أ) عيب الاكراه :

يجب أن تكون الحيازة هادئة وهي لاتكون كذلك اذا ابتدأها الحائز بالقوة أى باستعمال أعمال التعدى أو التهديد ضد الحائز السابق فالحيازة المعيبه بعيب الاكراه هي التي اغتصبت بالقوة أو التهديد واذا بدأت الحيازة هادئه ولكن لم يستطع الحائز الاحتفاظ بها الا باستعمال القوة وذلك لصد من يحاول انتزاعها منه فلا تعتبر الحيازة معيبه (١) كذلك لاتعتبر الحيازة هادئه اذا تعرض الحائز لأعمال قوة وقعت عليه من الغير.

وهكذا يتميز الاكراه وهو العنف عن التعرض وهو العمل الصادر من الغير. فالاول وحده فقط هو الذى يعيب الحيازة (٢) والحيازة عيب مؤقت ومن ثم تصبح الحيازة صالحة لانتاج أثرها اذا انتهى عيب الاكراه . فاذا اغتصب الحائز الحيازة من الغير فان حيازته تبرأ من عيب الاكراه من الوقت الذى لايكون فيه الحائز مضطرا الى استعمال الاكراه ضد من اغتصبت منه الحيازة ليحتفظ بها . وهذا هو ما أكد المشرع المصرى بالنص عليه صراحة فى المادة ٢/٩٤٩ مدنى " أن الحيازة المقترنة بالاكراه لاتنتج أثرها الا من الوقت الذى يزول فيه هذا العيب . كما أن عيب الاكراه عيب نسبى . أى أنه لايجوز لغير من وقع عليه الاكراه أن يتمسك به . فاذا اغتصب الحائز للحيازة من المالك . لم يكن له أن يمنع المالك الذى اغتصب عقاره من

---

(١) راجع نقض مدنى ١٩٥٩/٥/٢٥ مجموعة محكمة النقض رقم ١٠ ص٤٨٠.

(٢) راجع د/البدراوى المرجع السابق ص٤٧١ هامش ٢.

استرداد هذا العقار • بدعوى أنه اذا أصبح حائزا جديدا بالحماية •فالحيازة معيبه بعيب الاكراه فى مواجهة المالك الحقيقى الذى اغتصب منه الحيازة فاذا أتى شخص ثالث وتعرض للحائز المغتصب كان لهذا أن يتمسك ضده بالوسائل التى ينظمها القانون لحماية الحيازة ولم يكن للمتعرض أن يعترض على ذلك بادعاء أن الحيازة بدأت غير هادئه • لأن الاكراه لم يقع عليه هو بل على المالك الحقيقى :

(ب) عيب الخفاء :

يجب أن تكون الحيازة ظاهرة أى خاليه من عيب الخفاء أى علنيه وتكون الحيازة غير ظاهره اذا باشر الحائز أعمال الحيازة بشكل غير ظاهر • ولا يقصد بالخفاء جهل من تسرى ضده الحيازة بأمرها ولكن يقصد بالخفاء خفاء الحيازة فى ذاتها • وهذا العيب يمكن تصوره بسهوله فى حيازة المنقولات لأن هذه الأشياء يمكن اخفاؤها بسهولة على حين أنه من الصعب تصدره فى العقارات وذلك لصعوبة اخفاء حيازتها ولنضرب بعض أمثلة توضح الحالات القليلة التى يظهر فيها عيب الخفاء فى العقار • حفر نفق فى العقار للمرور منه بدون علم صاحبه • مالك الأرض الذى يقع منه تعدى غير ملحوظ على أرض جاره ويقوم بزراعة الأجزاء المتعدى عليها تدريجيا •فهذه الحيازة تكون معيبه بالخفاء وبالتالى لايمكن كسبها بالتقادم ويقع هذا العيب على الركن المادى فى الحيازة [(١)] على خلاف عيب اللبس على نحو مانعرضه

---

(١) راجع د/البدراوى المرجع السابق ص ٤٧٥•

لاحقا الذى يقع فى الركـن المعنوى • وعيب الخفاء عيب مؤقت فالحيازة تصبـح صالحة لانتاج أثارها من الوقت الذى يزول فيه هذا العيب • أى من الوقـت الذى يستعمل فيه الحائز الشئ علينا وبصفه ظاهرة • ثم ان كذلك عيـب نسبى أى لايحتج به الا من حفيت عليه الحيازة • وقد يتوافر بالنسبه لبعـض الأشخاص دون البعض الآخر • فاذا أخفى الحائز حيازته عن الأوليـن دون الآخرين • فلا يستطيع التمسك فى مواجهته بخفاء حيازته سوى الأوليين وحدهم وهـم الذين أخفيت الحيازة عنهم [١].

(جـ) **عيب اللبـس والغموض :**

بجـب أن تكـون الحيازة واضحة لايشوبها لبس أو غموض والا كانت الحيازة معيبه لاتنتج آثارها القانونية • وتكون الحيازة اذن مشوبة بالغمـوض اذا أحاطت بها ظروف تثير الشك فى حقيقة قصد الحائز • وهل يجوز لحسـاب نفسه لتتوفـر له الحيـازة القانونيـة • أم يحـوز لحساب غيره • فـلا تكـون له الحيازة العرضية • لأن أعمـال السيطرة المادية التى يقوم بهـا نظرا للظروف الخاصة التى تحيط بها تحتمل المعنيين بحيث يمكن أن تحمـل على أنه يريد الاستئثار بالحق لنفسـه [٢] ليكون حائـزا أصيلا • كما يمكـن أن يحتمل على أنه يحـوز لحساب غيره ليكـون حائزا عرضيا • فاذا توفـى شخص كانت حيازة الأشخاص الذين يقيمون معه مثل الأقارب والخـدم

---

(١) راجع د/جمال زكى ، المرجع السابق ص ٥٢٣•

(٢) راجع السنهورى حـ٩ فقرة ٢٨٧،د/ السدة فقرة ٣٦٦،د/البدراوى فقرة ٥٠٨•

للأشياء المملوكة له مثل الأوراق المالية أو المجوهرات مشوبة بعيب الغموض وذلك لقيام الشك فى طبيعة اليد التى لهم عليها اذا ادعوا أنها وهبت لهم • وكذلك حيازة أحد الشركاء فى الشيوع للعين الشائعة مشوبة بعيب الغموض لقيام الشك فى حقيقة قصده • وهل يحوزها لحسابه وحده أم لحساب جميع شركائه معه (١) • وهذا العيب مؤقت يزول بانتفاء هذا الغموض واللبس • وذلك بقيام الحائز بأعمال تظهر فى وضوح أنه يحوز العين لحساب نفسه لا لحساب غيره • كأن يقرر خادم المتوفى فى قائمة الجرد أن المنقولات محل الحيازة ملك له وحده • أو يمنع الشريك فى الشيوع بقية شركائه من ادارة المال الشائع حين تصبح حيازة هذا أو ذاك واضحة ومن ثم منتجه لآثارها القانونية ولايشترط فى ذلك تغيير صفة الحيازة بأحد السببين الذين تتغير لهما صفة الحيازة العرضية فتتحول الى حيازة أصليه وهما فعل الغير أو فعل من الحائز يعارض به حق المالك • ويذهب البعض فى الفقة المصرى (٢) الى أن عيب اللبس أو الغموض عيب نسبى لايستطيع أن يتمسك به الا من خفى عليه أمر الحيازة مستندين فى ذلك الى نص المادة ٢/٢٤٩ مدنى التى تنص على أن " الحيازة التى يشوبها اللبس لايكون لها أثر قبل من التبس عليه أمرها " ولكننا لانتفق مع أنصار هذا الرأى لأن القول بذلك يناقض طبيعة عيب الغموض الذى يلحق الركن المعنوى فى الحيازة

---

(١) راجع د/ البدراوى المرجع السابق ص ٤٧٧ •

(٢) راجع السنهورى ج٩ فقرة ٢٨٧، د/الصدة فقرة ٣٦٦، د/البدراوى فقرة ٥٠٨ •

ونرى أن هذا العيب مطلق على خلاف عيب الاكراه والخفاء • ونلاحظ في نهاية الأمر أن عيب الغموض هو عيب مستقل عن سائر عيب الحيازة • ومن ثم لايجوز الخلط بنية وبين الاكراه والخفاء • فالخفاء عيب خاص بالركن المادي • أي بأعمال الحيازة في ذاتها • أما الغموض فهو شك يقوم حول الركن المعنوي فيجوز أن تثبت الحيازة المادية بشكل قاطع • ومع ذلك تكون الحيازة غامضة لأن الأعمال المادية يصح أن تصدر من الحائز بصفة أخرى غير الصفة التي يتمسك بها (١)

ثم ان عيب الغموض ليس معناه انتفاء الركن المعنوي وبالتالي هدم الحيازة بل انه مجرد عيب يعيبها • فيجوز أن تتوافر لدى الحائز نية التملك أو استعمال الحق العيني على الشيء•

---

(١) راجع د/البدراوي ،المرجع السابق ص٤٧٧•-

المطلب الثانى

كسب الملكية بالتقادم

" التقادم المكسب "

تمهيد :

تناول المشرع المصرى التقادم المكسب كسبب من أسباب كسب الملكية والحقوق العينيه الأخرى وذلك فى المواد من ٩٦٨ حتى ٩٨٤ مدنى. وقد وضع المشرع لكسب الملكية بهذا السبب نوعين من التقادم يختلفان من حيث المدة • فقد جعل لحيازة المنقول أو العقار المملوك للغير أو حيازة الحق العينى على المنقول والعقار سببا لملكية الشىء أو كسب الحق العينى اذا طالت حيازته خمس عشرة سنة • ويطلق الفقه على هذا النوع من أنواع التقادم " التقادم الطويل " أما النوع الثانى وهو التقادم الخمسى وهو خاص بملكية العقارات والحقوق العينية الأخرى دون المنقولات التى يكتسب حائزها ملكيتها فورا متى اقترنت بسبب صحيح وحسن نية • ويخضع نوعى التقادم لقواعد مشتركة من حيث الحيازة والأثر والقواعد التى تحكم المدة فيما عدا شرطان خاصان بالتقادم الطويل وهى المدة الطويلة والحيازة المجردة التى لاتستند الى سبب صحيح أو حسن نيه •ومن هنا تأتى دراستنا لهذا السبب من أسباب كسب الملكية على النحو التالى :

أولا : **أساس التقادم المكسب ومجال اعماله :**

يقصد بالتقادم المكسب الفعل الايجابى الصادر من المستفيد الذى يستند الى الحيازة [١] وهو لايقتصر فقط على تأييد الحالة الواقعية ولكنه يحول الواقع الى حق • فهو يحول الحيازة الى ملكية أو الى حق على مال الغير • ويتضح من الوهلة الأولى أن نظام التقادم المكسب يؤدى الى الغصب لمال الغير بعد مضى مدة من الزمان • وهذا مايدعو الى طرح تساؤلات عديده مامبررات هذا النظام وما الأساس الذى يقوم عليه؟

أجاب الفقه على ذلك بأن ذهب البعض الى القول [١] أن أساس التقادم المكسب هو قرينه النزول عن الحق • فالمالك الذى يترك ماله فى يد الغير يعد متنازلا عن ملكيته اذا مضت على هذه الحيازة مدة حددها القانون • بينما ذهب البعض الآخر الى القول بأن التقادم [٢] يعتبر جزاء يفرضه القانون على المالك الذى أهمل وقعد عن استعمال ملكه وسكت على بقائه فى حيازة الغير طوال مدة التقادم • والمالك الذى لايستعمل ملكه خلال هذه المدة لايقوم بما يجب أن تقوم به الملكية من وظيفة اجتماعية • ويجب ألا يسأل المجتمع حماية لحقه • بل يكون الجدير بالحماية هو الحائز للمال • غير أن هذه التبريرات لم تجد صدى فى نظر البعض [٣] الذى يقرر أنها تبريرات فردية • ويعلق على ذلك باعتراض على

(١) راجع تورينو ١٩١١ ص ٣٤ رقم ١٩ •
(٢) راجع لوران جـ ٣٢ رقم ٤٠، ٤١ •
(٣) راجع د/ البدراوى / المرجع السابق ص ٤٨٤•

هـذه الأسس ٠ فقرينة النزول عن الحـق لاتصلح أساسا لكسب الملكية بالتقـادم لأن النـزول لايفترض ٠ واذا افترض النزول فانه يجب السماح بنفيه ٠ وهـذا مالم يسمح به المشرع فى التقادم ٠كما أن الأخـذ بقرينة النزول عـن الحـق فانه يجعلنا أمام التقادم المسقط وليس المكسب ٠ مع أن الملكية كما سـبق القـول فى بداية هـذا المؤلف عند الحديث عن خصائص حق الملكية أنـه لايسقط بالتقادم ٠ ويرى هـذا الاتجاه الفقهى أن الصحيح هـو أن التقـادم يقـوم على اعتبارات تتعلق بالصالح العام ٠ والأمـر الذى لاشك فيه أن الصالـح الاجتماعى يوجـب استقرار المراكز القانونية والحالات الواقعية التى اسـتقرت فترة من الزمـان ٠ وأن المصلحة العليا للمجتمع تفرض تحويل الواقـع الى حـق حتى لـو قام هـذا الواقع فى مبدئه على الغصب ٠ والواقـع أن التقادم لايقـوم فى كـل الأحـوال بتأييد الغصب بل كثيرا مايسـاعد على حماية الحق نفسه عن طريق تيسير اثباته ٠ فاثبات الملكية من الأمـور الشاقة ٠ فهـو يتطلب اقامة الدليل على السند القانونى الذى آلت به الـى المالك أو الى أسلافه ٠ ولكـن هـذا السندلايمكن أن ينقـل الملكيـة الا اذا صـدر عـن المالك الحقيقى ٠ ولايمكن التثبيت من هـذه الواقعـة الا بفحص سند المتصرف اذا وجـد٠

مجال التقادم المكسـب :

ينحصر مجال التقادم المكسب فى الحقوق التى يجـوز كسبهـا بالتقادم ٠ والأشياء والحقوق العينيه التى تكون محلا لكسبها بالتقادم والأشخـاص المستفيدون من التقادم ويكون ذلك على النحـو التالى :

١ ـ الحقوق التي يجوز كسبها بالتقادم :

النص التشريعي :

نصت المادة ٩٦٨ مدني على أنه " من حاز منقولا أو عقارا دون أن يكون مالكا له ٠ أو حاز حقا عينيا على منقول أو عقار دون أن يكون هذا الحق خاصا به كان له أن يكسب ملكية الشيء أو الحق العيني اذا استمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة " ٠

يتضح من هذا النص أن الحقوق العينيه فقط هي التي يجوز كسبها بالتقادم ٠ أما الحقوق الشخصية فلا يجوز كسبها بالتقادم وذلك لأنها لاتقبل الحيازة ٠ فيما عدا السندات لحاملها (١) والحقوق العينيه الأصلية جميعها يجوز كسبها بالتقادم سواء كانت ملكية أو حقوق متفرعة عنها مثل الانتفاع والاستعمال والسكنى ٠ ماعدا حقوق الارتفاق وانما الارتفاقات الظاهرة يمكن أن تكون محلا لكسبها بالتقادم وذلك لصراحة النص ١٠١٦ / ٢ مدنى " لايكسب بالتقادم الا الارتفاقات الظاهرة بما فيها المرور (٢) ٠

---

(١) راجع د/البدراوى ،المرجع السابق ص٤٨٦فقرة ٣٥٩٠

(٢) راجع د/البدراوى المرجع السابق ص ٤٨٧ نقد هذا النص" يرى كسب حقوق الارتفاق جميعها بالتقادم " ٠

٢ ـ **الأشياء التي يرد عليها التقادم :**

يتضح من سياق النص المشار اليه سلفا (" من حاز منقولا أو عقارا" فهنا يتضح أن الأشياء محل التقادم هي الأشياء المادية • وحدها سواء كانت منقولات أو عقارات ولكن يجب التنويه هنا أن نظام التقادم الطويل يخضع له العقارات دون المنقولات • على خلاف التقادم الخمسي فهو ينطبق على المنقول والعقار على حد سواء والأشياء التي لايجوز التصرف فيها • يجوز كسب مكانتها بالتقادم (١) أما الأموال التي لايجوز كسبها بالتقادم فهي:
الأشياء الخارجة عن التعامل " الماء ـ الهواء ـ المال العام ـ المواد المخدرة " الأشياء المملوكة للدلوة ملكية خاصة والتي يطلق عليها " الدومين الخاص " الأموال الموقوفة (٢) وحقوق الأرث (٣) •

٣ ـ **الأشخاص المستفيدون من التقادم :**

لكل شخص سواء كان شخصا طبيعيا أم اعتباريا أن يتمسك بالتقادم لايتملك مايحوزه بمضى المدة •ولايشترط في الحائز أن يكون ذا أهليه معينه • لأن الأهليه تشترط لاجراء التصرفات القانونية

(١) ومثل ذلك الأموال التي اقترن نقل ملكيتها بالشرط المانع من التصرف فهو لايحول دون كسب الملكية بالتقادم •

(٢) بعد ألغاء الوقف الاهلي فيعام١٩٥٢لم يعد هناك مجالا لتطبيق المادة٩٧٠مدني الا في أموال الوقف الخيري •

(٣) يسقط حق الوارث في المطالبة بالارث بمعنى ثلاث وثلاثين عاما على وضع اليد على نصيب الوارث والتقادم هنا مسقط لدعوى الارث•أي أن الدعوى تكون غير مقبولة •ولابد من التمسك بذلك •

والحيازة ليست تصرفا قانونيا • ويستفيد بالتقادم الدولة باعتبارها شخصا اعتباريا بكامل مؤسساتها العامة • ويكون المباشر للحيازة ممثل هذه المؤسسات • وقد أجازت محكمة النقض للوقف أن يكسب أعيانا بالتقادم فقضت فى أحد أحكامها " أن الوقف باعتباره شخصا اعتباريا له أن ينتفع بأحكام القانون المدنى• فى خصوص التقادم المكسب للملك • إذ ليس فى نصوص هذا القانون مايحرمه من ذلك • واذا كان التقادم المكسب هو فى حكم القانون قرينة قانونية قاطعة على ثبوت الملك لصاحب اليد • كان توافر هذه القرينة لمصلحة جهة الوقف دليلا على أن العين التى تحت يدها موقوفة وقفا صحيحا ولو لم يحصل به اشهاد (١)

ثانيا : <u>شروط التقادم المكسب بنوعيه :</u>

التقادم المكسب نوعان كما سبق القول • تقادم طويل " خمس عشرة سنة " وتقادم خمسى • ويشترط عدة شروط لأعمال أحكام التقادم بنوعية • وهذه الشروط اما شروط عامة ينطبق عليهما معا واما شروط خاصه بالتقادم الخمسى • وسوف نعرض فيما يلى لهذه الشروط على النحو التالى :

---

(١) راجع نقض مدنى ١٩٤٨/٤/٢٢ مجموعة عمر ج ٥ رقم ٣٠٣ ص ٦٠٢ •

أ ـ **الشروط العامة للتقادم بنوعية :**

تنحصر الشروط العامة التى يجب توافرهالكسب الملكية بالتقادم بنوعيه فيما يلى :

١ ـ **توافر الحيازة القانونية :**

يجب أن يقوم التقادم على أساس الحيازة القانونية أى المقترنة بنية الاستعمال لحق عينى على الشىء ٠ فالحيازة المادية منفرده أو العرضية لايمكن أن تؤدى الى كسب الملكية أو الحق العينى بالتقادم ٠ ولن يستطيع الحائز العرضى كسب الملكية بالتقادم الا اذا تغيرت صفة حيازته (١) ٠

٢ ـ **يجب أن تكون الحيازة خاليه من العيوب :**

سبق أن ذكرنا سلفا أن عيوب الحيازة ثلاثة هى : الاكراه الخفاء ـ الغموض ٠ فان كانت معيبه بأحد هذه العيوب فى مواجهة المالك ٠ فلا تصلح هذه الحيازة أن تكون سببا لكسب الملكية بالتقادم ٠ الا من الوقت الذى يزول فيه هذا العيب (٢)

---

(١) راجع د/البدراوى ،المرجع السابق ص ٤٩٦٠

(٢) كانت هناك مدة الثلاث والثلاثين سنة الخاصة بالأموال الموقوفة٠ ولكن لامحل لها الآن وخصوصا بعد صدور القانون ١٤٩ لسنة ١٩٥٧ الذى منع تملك الأموال الموقوفه بالتقادم ٠

والحيازة باعتبارها من الوقائع المادية يجوز لثباتها بكافة طــــرق الاثبات القانونية (١) .

٣ _ **يجب أن تكون الحيازة واردة على الحق المراد كسبه بالتقادم وعلــى شيء جائــز كسبه بالتقادم :**

يشترط حتى تكــون الحيازة سببا لكسب الملكية بالتقادم أن تكــون منصبه على ذات الحق محل الحيازة • فاذا حــاز الشيء علــى سبيل الملك استطاع كسب الملكية بالتقادم • واذا حاز عليـــه حــق انتفاع لم يكن له أن يكسب بالتقادم سوى الانتفاع دون الملكية وكذلك الحال لو كــان حائزا لحــق ارتفاق • كمــا يجب أن تنصب الحيازة على شيء من الأشياء الجائز كسبها بالتقــادم وذلك على النحــو الذى أسلفناه عند الحديث عن مجال التقــادم المكســب •

٤ _ **شــرط المــدة :**

يعتبر شرط المدة من الشروط المشتركة بين نوعى التقادم الطويــل والتقادم الخمسى ، وذلك اعمالا لنص المادتين ٩٦٨ مدنى التــى نصت على أنه " من حاز منقولا أو عقارا دون أن يكون مالكا لـــه

---

(١) راجع د/محمد كامل مرسى جـ٤ فقرة ٦٦،د/شفيق شحاته فقرة ٢٩٠ سليمان مرقص أحكام الالتزام فقرة ٤٤٨ عكس ذلك د/السنهورى جـ ٣ فقــرة ٦١٤، د/عبدالفتاح عبدالباقى فقرة ٣١٦،د/الصدة،فقرة ٣٨٩٠

أو حاز حقا عينيا على منقول أو عقار دون أن يكون هـذا الحـق خاصا به ، كان له أن يكسب ملكية الشيء أو الحـق العينـي اذا استمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة " وكذلـك المادة ٩٦٩/١ مدنى التى نصت على أنه " اذا وقعت الحيـازة على عقار أو على حق عينى عقارى وكانت مقترنة بحسن النيـه ومستنده فى الوقت ذاته الى سبب صحيح ، فان مدة التقادم المكسب تكون خمس سنوات " ، ومما هـو جدير بالذكـر فى هذا المقـام أن التقادم الطويل عام ينطبق على العقارات والمنقولات ولايشترط لـه سوى الحيازة القانونية المستمرة الخالية من العيـوب لمدة خمـس عشر سنة ، أمـا التقادم القصير " الخمسـى " هـو تقادم خـاص بالعقارات والحقوق العينيه الأخـرى التى ترد عليها دون المنقـولات يختلف فى مدته عن التقادم الطويل فيشترط مرور خمس سـنوات فقط مع حسن النيه والسبب الصحيح والذى سوف نعرض لهما فـى الشروط الخاصة للتقادم المكسـب فيما بعد (١)

وتحسب مدة التقادم بنوعية بالتقويم الميلادى وبالساعات ولايحسـب اليوم الأول وتكتمل مـدة الخمس سنوات أو الخمس عشرة سنة بانقضـاء آخـر يوم منها ، ويتم التقادم بانتهاء اليوم الأخير فى المدة حتى ولو كان يـوم

---

(١) كانت هناك مدة الثلاث والثلاثين سنة الخاصة بالأموال الموقوفـة ولكن لامحل لها الآن وخصوصا بعد صدور القانون ١٤٩ لسنة ١٩٥٧ الذى منع تملك الأموال الموقوفة بالتقادم ،

عطلة رسمية • ولامحل للقياس على قواعد قانون المرافعات • اذ أن مواعيد التقادم من الطول بحيث تمكن من تسرى فى حقه من المطالبة بهذا الحق دون انتظار الى آخر يوم •

والأصل المقرر أن الحيازة تكون مستمرة طوال مدة التقادم • ويكفى أن يثبت الحائز التاريخ الذى بدأت فيه الحيازة وأنه حائز فعلا • واذا ادعى الخصم للحائز أن الحيازة لم تكن للحائز بأن انتزعت منه أو أنه تخلى عنها أو أن عقبة من العقبات قد اعترضتها فعليه هو اثبات مايدعيه • ويجوز للحائز عند التمسك بالتقادم أن يضم الى مدة حيازته مدة حيازة سلفه •

عوارض المدة :

قد يعترض التقادم أثناء سريان مدته أحد العقبات توقف هذه المدة وتبدأ من مدة أخرى عند زوال هذا العارض • وقد أورد المشرع المصرى القواعد الخاصة بعوارض التقادم المكسب عند الحديث عن التقادم المسقط وذلك فى المواد من : ٣٨٢ حتى ٣٨٥ مدنى وأحال عليها فى خصوص التقادم المكسب بنص المادة ٩٧٣ مدنى • وذلك بالقدر الذى لاتتعارض فيه هذه القواعد مع طبيعة التقادم المكسب • الا أن هناك طرق قاصرة على التقادم المسقط لايمكن بأى حال تطبيقها على التقادم المكسب تقطع التقادم وهى : الحجز ـ والتقدم فى التفليسه أو التوزيع ـ التنبيه • لأن هذه الاجراءات تفترض دائنا يطالب مدينا • ومن ثم فهى قاصرة على التقادم المسقط • (نستطيع فى خضم هذه الأحكام أن نستخلص هذه العوارض

فى حالتين هما : الانقطاع ـ الوقف • أى انقطاع التقام ووقفه • والتى سوف نعرض لهما على النحو التالى :

ـــ انقطاع التقادم المكسب :

يعتبر الانقطاع مانع من استمرار مدة الحيازة اللازمة لاستكمال مدة التقادم بنوعية ويترتب عليه زوال ماتم من مدته قبل الانقطاع • والانقطاع نوعان : **الأول** : يسمى بالانقطاع الطبيعى • وهو الذى ينشأ من فقد الحيازة والذى يتمثل فى رفع يد الحائز عن العين • ونص المشرع على ذلك فى المادة ٩٧٥ مدنى • والثانى : الانقطاع المدنى وهو الذى ينشأ اما بسبب المطالبة القضائية أو باقرار الحائز بحق المالك فى العين •

وعلى كل الأحوال يمكن حصر أسباب قطع التقادم المكسب فيما يلى:

(أ) الانقطاع بفقد الحيازة " الانقطاع الطبيعى "

نصت على هذا الانقطاع الطبيعى المادة ٩٧٥ مدنى " ينقطع التقادم المكسب اذا تخلى الحائز عن الحيازة أو فقدها ولو بفعل الغير• غير أن التقادم لاينقطع بفقد الحيازة اذا استردها الحائز خلال سنة أو رفع دعوى باستردادها فى هذا الميعاد "•

والمقصود بفقد الحيازة فى هذا المقام فقد وضع اليد أى الركن المادى • وقد يكون هذا الفقد اختياريا بأن

يتخلى الحائز عن حيازته . وهنا يفقد الحائز بركنيها المادى والمعنوى فيزول كل أثر للمدة السابقة [١] . أما لو اقتصر على التخلى عن الركن المادى فى الحيازة بأن نقل مجرد وضع اليد للغير على سبيل الايجار مثلا فلا يعتبر ذلك تخليا عن الحيازة مؤديا الى فقدها . لأن المستأجر يعتبر حائزا قانونيا فى الحيازة المادية [٢] . وقد يكون هذا الفقد بفعل الغير . كأن يستولى شخص على المال محل الحيازة . فان كنا بصدد عقار فلا يترتب على هذا الفعل فقد الحيازة ولاقطع التقادم . لأن للحائز استرداد الحيازة من المغتصب فى خلال سنة من تاريخ الفقد . فان قام بالاسترداد أو رفع دعوى باستردادها خلال هذه المدة فان التقادم لاينقطع وتكون الحيازة رغم مايطرأ عليها حيازة مستمرة ويترتب عليها كل النتائج [٣] على أنه اذا حالت القوة القاهرة الحائز عن استعمال الشيء مدة من الزمن فلا يكون هناك انقطاع ومثل ذلك لو غمرت المياه الأرض فترة من الزمن فلا يستطيع الحائز زراعتها [٤] وقد سبق أن أسلفنا أن حيازة العقار لاتفقد اذا امتنع المدين عن القيام بالأعمال المادية للحيازة متى كان امتناعه هذا لايرجع الى حيازة الغير للعقار . حيازة مناهضة . ومادام أن الشيء تحت تصرفه بحيث يستطيع دائما أن يباشر عليه أعمال الحيازة المادية . والانقطاع

---

(١) راجع د/ البدراوى المرجع السابق ص ٥٠٤ .

(٢) راجع نقض مدنى ١٩٤٠/١١/٢٩ مجموعة عمر جـ٣ ص ٢٩٣ .

(٣) راجع نقض مدنى ١٩٣٨/١١/٢٤ مجموعة عمر جـ٢ ص٢٩٢ رقم١٠١ .

(٤) راجع د/ شفيق شحاته المرجع السابق ص ٢٩١

الطبيعى له أثر مطلق فهو ناشىء عن فقد للحيازة . ولذلك يستطيع أن يتمسك به كل من له حق على الشىء . كانت تهدده حيازة الحائز وليس فقط من انتزع الحيازة من الحائز ويترتب على الانقطاع الطبيعى زوال المدة التى استمرت خلالها الحيازة المفقودة . ولكن ليس هناك مانع من عودة الحائز الى حيازة المال وعندئذ يبدأ تقادم جديد من يوم عودة الحائز الى المال الذى تخلى عن حيازته . أو الذى اغتصب منه منذ أكثر من سنة وفى حالة عودة الحائز يجب عدم اغفال القرينة المنصوص عليها فى المادة ٩٧١ مدنى واذا ثبت قيام الحيازة فى وقت سابق معين وكانت قائمة حالا . فان ذلك يكون قرينة على قيامها فى المدة مابين الزمنين . مالم يقم الدليل على العكس .

(ب) **الانقطاع المدنى :**

يقع الانقطاع المدنى بعمل قانونى يصدر من المالك وهذه هى المطالبة القضائية بالحق . وقد يصدر من الحائز وهذا وهو اقرار الحائز . وذلك على النحو التالى :

١ - **المطالبة القضائية :**

ينقطع التقادم بالمطالبة القضائية أى بقيام المالك برفع دعوى الاستحقاق أو دعوى الاعتراف بحقه على حائز العين . أو الحق العينى عليها يطالبه فيها بالملكية . أو بالحق العينى.

فبهذه الدعـوى يفصح صاحب الحق عن ارادته الجادة فى استعمـال حقه ويسـتوى فى المطالبة القضائية التى تقطع التقادم أن تكـون طلبا أصليا • أو عارضا أو فرعيا • أو اضافيا من المدعى أو المدعـى عليه ويستوى أيضا أن يتخـذ شكل الطلب أو فى صورة الدفـع لأنهمـا صورتان للدعـوى • ولكن لايكفى لقطع التقادم المطالبـة الودية حتى ولو بكتاب مسجل • أو انذار على يد محضر ولا اجـراء الحجـز التحفظى (١) ولا التكليف بالحضـور أمام لجنة المعافـاة أو رفع دعـوى أمام القضاء المستعجل لأنها لاتتعلق بموضـوع الحـق (٢) • ومما هـو جدير بالذكـر أن التقادم ينقطـع بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعـوى الى محكمة غير مختصـة مكانيا أو نوعيا أو ولائيا وذلك لعمـوم نص المـادة ٢/٣٨٣ مدنـى لأن قواعد الاختصاص قد يكـون فيها خفاء على المالك • وعلـى كـل الأحـوال فان رفع الدعـوى يفيد كما سبق أن أسلفنا النيـه القاطعة فى حصول المالك على حقه • ويظل التقادم منقطعا طـوال هـذه المدة التى تستغرقها الدعـوى المقامـة ثم يبدأ من اليـوم الحكـم النهائى بعـدم الاختصاص فترة جديدة للتقادم • ولكـن يجب التنويه على أن صحيفة الدعـوى الباطلة لايترتب عليهـا أى أثـر ولاينقطع بها التقادم (٣) وكذلك اذا ترك الدائن الخصومة

---

(١) راجع د/محمد كامل مرسى ج ٤ فقرة ٢٧٦٠

(٢) قـرب مارتى ورنيو فقـرة ١٩١٠

(٣) راجع نقض مدنى ١٩٦٢/٦/٧ مجموعة أحكام النقض السنة ١٣ ص٧٧٤٠

أو حكم بسقوطها فيزول كل اجراء للخصومة بما فى ذلك صحيفة الدعوى ويزول الانقطاع [١] . ومثل ذلك أيضا اذا رفعت الدعوى لسبب لايرجع الى موضوع الحق فيزول كل أثر للخصومة . والانقطاع المدنى على خلاف الانقطاع الطبيعى فلا يستفيد منه سوى من قام به ولايضار منه سوى من وجه اليه . فاذا رفع أحد الملاك على الشيوع دعوى على حائز العقار الشائع لم ينقطع التقادم الا لمصلحة رافع الدعوى . واذا رفع المالك دعوى على أحد الحائزين للعقار الذى بملكه . لم ينقطع التقادم الا فى مواجهة الحائز الذى أقيمت ضده الدعوى [٢].

٢ ـ اقرار الحائز :

ينقطع التقادم باقرار الحائز بحق المالك أو صاحب الحق . لأن الاقرار معناه الاعتراف بأن المالك الذى يحوزه ليس مالكا له . وليس للاقرار شكل خاص به أو صيغه معينه . فيجوز أن يكون هذا الاقرار صريحا عندما يأخذ الاتفاق بين الحائز أو المالك والانقطاع الاتفاقى [٣] وان كان يجوز أن يكون تصرفا فوريا . مثل اعتراف الوارث فى محضر جرد التركه أن الشىء الذى يحوزه جزء من هذه التركة حين لايستلزم صدوره فى مواجهة المالك . بل يجوز

---

(١) راجع د/ جمال زكى ،نظرية الالتزام جـ ٢ ص ٢٦٠ .

(٢) راجع د/السنهورى المرجع السابق ص٧٧٨ .فقرة ٣٩٨ .

(٣) راجع د/جمال زكى الحقوق العينيه الأصليه ١٩٧٦ ص ٥١٠ .

أن يكون فى صورة عقد بين الحائز والغير . كما يجوز أن يكون الاقرار ضمنيا يتمثل فى واقعة أو وقائع تتضمن اعتراف الحائز بحق المالك ومثل ذلك أن يعرض عليه تعويضا عن العين أو يسلمه ثمارها . ويخضع تقدير ذلك لقاضى الموضوع بحسب ظروف الدعوى [(١)] ويترتب على الاقرار انقطاع التقادم فتزول المدة التى انقضت قبل حصوله . ويبدأ على أثره تقادم جديد مدته خمس عشره سنة . لأن الحائز يصبح بهذا الاقرار سيء النيه حتى ولو كان بدأ حيازته حسن النيه . وكان التقادم القصير ساريا لمصلحته قبل اقراره [(٢)] ويترتب على الاقرار أثرا بالغ الخطورة وهو أن يصبح هذا الحائز مجرد حائز عرضى لايمكن له كسب الملكية بالتقادم مهما طالت المدة . ولكن يعقب على ذلك أستاذنا الفاضل الدكتور جمال زكى بالقول : أن هذه النتيجة غير صحيحة وقائمة على تحليل غير سليم وذلك لأن الحيازة العرضية هى حيازة لحساب الغير . تقيم فى ذمة الحائز التزاما برد الشيء الى مالكه. ويجب من ثم لتثبت الصفة العرضية للحيازة أن يعترف الحائز ليس فقط بأنه غير مالك للشيء الذى يحوزه بل كذلك بأنه مدين باعتباره مستأجرا أو متغيرا مثلا برده لمالكه . وان كان اعترافه فى هذه الحالة لاينشيء العلاقة العقدية . ومن ثم لايولد الصفة العرضية للحيازة.بل يقتصر على اثبات وجودها الذى يكون سابقا عليه [(٣)]

---

(١) راجع نقض مدنى ١٤/١٢/١٩٣٦ مجموعة أحكام النقض جـ١ ص٢٤.

(٢) راجع د/ محمد على عرفه جـ ٢ فقرة ١٥٨.

(٣) راجع د/جمال زكى ،المرجع السابق ص ٥٥١.

وقف التقادم المكسب :

بعد أن أحال المشرع فى وقف التقادم المكسب على القواعد التى وضعها لوقف التقادم المسقط . قضى مع ذلك فى المادة ٩٧٤ مدنى" أيا كانت مدة التقادم المكسب فانه يقف متى وجد سبب لوقفه . واستبعد المشرع بهذه القاعدة التى تقضى بأن الوقف لانعدام الأهليه أو نقصها لايسرى على على التقادم المسقط الذى لاتزيد مدته على خمس سنوات . ليخضع التقادم المكسب عدا هذا الاستثناء لقواعد الوقف فى التقادم المسقط . وقد أخذ المشرع بقاعدة وقف التقادم حين يتعذر على صاحب الحق أن يقطع سريانه وصاغها للتقادم المسقط فى المادة ٣٨٢ مدنى التى نصت على " لايسرى التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحصه ". والتى تسرى على التقادم المكسب بموجب المادة ٩٧٣ مدنى . فلا يسرى التقادم المكسب على أموال من لاتتوافر فيه الأهليه أو الغائب أو المحكوم عليه بعقوبة جنائيه " اذا لم يكن له نائب يمثله قانونا . ولاعلى أموال من يتعذر عليه المطالبة بحقه لمانع مادى كالحبس أو الأسر أو لمانع مثل علاقة الزوجية والقرابة . ولا على أموال من يتعذر عليه المطالبة بحقه لظروف ماديه مثل الحرب أو الكوارث الطبيعية . وبالاضافة الى ذلك يعتبر جهل صاحب الحق وجود حقه بغير اهمال منه سببا لقطع التقادم . وقد قضت محكمة النقض المصرية اعمالا لهذه الفكرة أن الجهل باغتصاب الحق قد يكون من الأسباب الموقوفة للتقادم

اذا لم يكن ناشئا عن اهمال صاحب الحق ولاتقصيره "[١]. ويترتب على وقف التقادم المكسب ذات الأثر الذى يترتب عليه فى التقادم المسقط سكوت المدة طيلة قيام سبب الوقف ، بحيث لاتحسب المدة التى وقف سريان التقادم أثنائها فى مدة التقادم ومتى زال سبب الوقف يتم اضافة المدة السابقة عليه الى المدة اللاحقة له [٢].

ب ـ الشروط الخاصة :

يقصد بالشروط الخاصة هنا الشروط غير المشتركة بنوعى التقادم وانما تخص التقادم القصير أى التقادم الخمسى وهى الواردة فى المادة ٩٦٩ مدنى التى نصت على " اذا وقعت الحيازة على عقارا أو على حق عينى عقارى وكانت مقترنة بحسن النيه (مستندة فى الوقف ذاته الى سبب صحيح ، فان مدة التقادم المكسب تكون خمس سنوات ، ولايشترط توافر حسن النيه الا وقت تلقى الحق ، والسبب الصحيح سند يصدر من شخص لايكون مالكا للشىء أو صاحبا للحق الذى يراد كسبه بالتقادم ، ويجب أن يكون مسجلا طبقا للقانون " .

يتضح من هذا النص أنه خاص بالتقادم الخمسى. وقد اشترط المشرع بالاضافة الى مدة الخمس سنوات شرطان آخران هما : حسن النيه والسبب الصحيح .وسوف نعرض لهما على النحو التالى:

---

(١) راجع نقض مدنى ١٩٤٨/٤/٢٤ مجموعة أحكام النقض جـ٥ ص٦٥٢ فقرة٣١٣ .

(٢) راجع بودان جـ ٤ ص ٧٧٧ .

١ - حسن النيه : " معناه ومعياره "

لقد عرف الفقه حسن النيه أنه " جهل الحائز أن المتصرف ليس مالكا للحق الذى يتصرف له فيه " . ولايختلف هذا المعنى عند من يفضل من الفقهاء تعريف حسن النيه " أنه اعتقاد الحائز فى أن المتصرف مالك للحق الذى تصرف له فيه مادام الجميع يسلم بأن أدنى شك فى نفس الحائز . يبدو حسن النيه " ونرى أن حسن النيه وفقا لذلك لايعدو أن يكون سوى غلط وقع فيه الحائز . هو اعتقاده على خلاف الحقيقة أن المتصرف مالك لما تصرف فيه . وأن الحق موضوع التصرف قد انتقل اليه . ومن ثم ينتفى حسن النيه . اذا علم الحائز بالعيوب الذى تشوب سند المتصرف وتجعله قابلا للابطال أو الفسخ . وذلك لأنه يعلم وقت تعامله احتمال زوال سند المتصرف بأثر رجعى (١) . وانما اختلف الفقهاء فى أثر الخطأ الذى ينسب الى الحائز على حسن نيته فذهب البعض الى أن الحائز يعتبر حسن النيه ولو كان اعتقاده فى صحة كسبه للحق وليد خطأ منه . بأن كان فى ظروف التعاقد مايحمله على الشك فى سلامته بينما ذهب البعض الآخر الى وجوب أن يكون غلطة مغتفرا أى غير مشوب بخطأ ما . بحيث يعتبر سىء النيه ولو كان يعتقد أن المتصرف مالك لم تصرف له فيه . اذا كان فى ظروف التعاقد مايمكن أن يكشف له الحقيقة . وبالتالى كان الغلط الذى وقع فيه وليد خطأ منه . فلا يحظى

---

(١) راجع د/جمال زكى ،الحقوق العينيه الأصليه ١٩٧٦ ص٥٢٥.

بحماية حسن النيه الحائز المهمل أو غير المكترث بحقوق الآخرين (١)

أما المشرع المصرى فقد عرف حسن النيه فى المادة ٩٦٥ مدنى التى جاء نصها " يعد حسن النيه من يحوز الحق وهو يجهل أنه يعتدى على حق الغير الا اذا كان الجهل ناشئا عن خطأ جسيم ". كما عرفته محكمة النقض المصرية (٢) " أنه اعتقاد المتصرف اليه اعتقادا تاما حين التصرف أن المتصرف مالك لما يتصرف فيه . فاذا كان هذا الاعتقاد يشوبه أدنى شك امتنع حسن النية " . غير أن المشرع المصرى أورد تحفظا على الجهل المكون لحسن النيه وهو الجهل الناشئ عن خطأ جسيم من جانب الحائز (٣) والخطأ الجسيم هو الذى لايرتكبه الا الشخص المهمل . أو الذى لايقع الا من الشخص المعتاد . وتطبيقا لذلك اعتبر الحائز مرتكبا لخطأ جسيم اذا هو اشترى العقار دون أن يطالب البائع باطلاعه على المستندات التى تؤيد ملكيته للعقار . لأن مسلكه هذا ينافى مسلك الشخص المعتاد. فان الحرص الواجب فى التعامل على العقارات يفرض عليه الاطلاع على سندات ملكية البائع . وتقديرما اذا كان الحائز حسن النيه أم لا هو من المسائل الموضوعية التى تدخل فى نطاق السلطة التقديرية لقاضى الموضوع طالما كان له مايسوغه بأوراق الدعوى . وفى هذا تقرر محكمة النقض المصرية " أن مسألة حسن النيه مسألة واقعية يستقل بتقديرها قاضى الموضوع .فاذا

---

(١) راجع د/جمال زكى ،حسن النيه فى كسب الحقوق ،رسالة باللغة الفرنسية فقرة ٤،٥ .

(٢) راجع نقض مدنى ١٩٤٨/١/٢٩مجموعة عمر ج٥ص٥٢٩.

(٣) راجع د/ البدراوى ،المرجع السابق ص ٥١٤.

كان الحكم قد نفى حسن النيه عن المشترى • قد اتخذ من اهماله تحرى ملكية البائع قرينة أضافها الى القرائن الأخرى التى أوردها واستخلص من مجموعها أنه لم يكن حسن النيه فلا سبيل عليه لمحكمة النقض "•

ولكن يتبدد حسن النيه اذا اغتصبت الحيازة بالاكراه من الغير (١) • فلو اعتقد شخص بحسن نيه أنه مالك لعقار يحوزه الغير فاغتصبه منه فانه يعتبر رغم اعتقاده هذا سيء النيه • فاذا رجع المالك عليه المالك الحقيقى باسترداد العقار لم يكن له أن يتمسك بحسن نيته ليتملكه بالتقادم الخمسى • ولا لتملك ثمراته التى قبضها أثناء حيازته للعقار• وقد يتضح للوهلة الأولى أنه طالما كانت الحيازة مشوبه بالاكراه فانها تكون حيازة معيبه لاتصلح لانتاج آثارها سواء فيما يتعلق بالتقادم أو بكسب الثمار • وبالتالى كان المشرع غنيا عن النص على ذلك فى المادة ٢/٩٦٦ مدنى ولكن ذلك غير صحيح لأنه كما سبق القول أن عيب الاكراه هو عيب مؤقت يزول اذا استقرت الحيازة • ومن هنا يصبح هذا النص " المادة ٢/٩٦٦ مدنى " مفيدا • اذ الحيازة رغم خلوها من عيب الاكراه تكون حيازة بحسن نية • فلا يترتب عليها مايترتب على الحيازة بحسن نية من أثر مثل اكتساب الملكية بالتقادم الخمسى وتملك الثمار (٢) • وعلى ذلك يعتبر سيء النيه • السارق للمنقول • مخفى الشيء الذى يعلم أنه مسروق من وجد اللقطة واحتبسها لنفسه • الوارث الذى يستولى على عين التركة مع علمه أنها ليست

---

(١) راجع نقض مدنى ١٩٥٤/١٢/٢ مجموعة محكمة النقض السنة ٦ ص ٢٢٦•

(٢) راجع نص المادة ٢/٩٦٦ مدنى •

(٣) راجع د/ البدراوى المرجع السابق ص ٥١٦•

ملكا لمورثه ، الجائر على أرض جاره ، مشترى العقار الذى لايجرى تحريات معتادة فى المعاملات العقارية (١) . (اذا كان الحائز شخصا معتديا فالعبرة بنية من يمثله اعمالا للمادة ٢/٩٦٥ مدنى وذلك لأن قوام النيابة حلول ارادة النائب محل ارادة الأصيل . فاذا كان النائب سيء النيه كانت الحيازة مقترنة بسوء نية حتى ولو كان الأصيل الذى تنصرف اليه آثار الحيازة حسن النيه .

اثبات حسن النيه :

نصت المادة ٣/٩٦٥ مدنى " حسن النيه دائما مفترض مالم يقم الدليل على العكس " . يتضح من ذلك النص أن الحائز ليس مكلفا باثبات حسن النيه . بل على خصمه اقامة الدليل على سوء النيه . ويكون له ذلك باثبات أحد الأمور الآتيه (٢) :

١ ـ علم الحائز أن حيازته تعتبر اعتداء على حق الغير .أى علمه بالعيب الذى لحق سند الملكية .

٢ ـ اذا كان الحائز قد اغتصبها بالاكراه من غيره .

٣ ـ اذا أثبت أن جهل الحائز كان مبنيا على خطأ جسيم .

٤ ـ اذا أعلنه بعيوب حيازته فى صحيفة الدعوى (٣) .

---

(١) راجع د/جمال زكى ، المرجع السابق فقرة ٣٣،٣٤،٣٥.

(٢) راجع د/ البدراوى فقرة ٣٧٦.

(٣) راجع المادة ٢/٩٦٦ مدنى .

ومما هو جدير بالذكر أن الحيازة تظل محتفظة بالصفة التي بدأت بها وقت كسبها مالم يقم الدليل على عكس ذلك (١) . فمتى بدأت الحيازة بحسن النيه يفترض أنها استمرت كذلك . واذا بدأت بسوء نية استمرت كذلك . هذا لما يثبت الحائز ماطرأ من أسباب جعلته حسن النية . ومثل ذلك أن يثبت الحائز أنه فى أثناء حيازته اشترى العقار من شخص يعتقد أنه هو المالك الحقيقى له .

وقف الاعتداد بحسن النيه :

حدد المشرع الوقت الذى يعتد به فى حسن النيه فى المادة ٢/٩٦٩ مدنى التى جاء نصها " ولايشترط توافر حسن النيه الا وقت تلقى الحق " يتضح مما سلف أن المشرع المصرى اكتفى بوقت تلقى الحق للاعتداد بحسن النيه وليس وقت بدأ الحيازة . فلو قام شخص بشراء عقار وسجل هذا البيع وكان عندئذ حسن النيه . ولكن أرجأ التسليم فيما بعد . وبعد أن علم الحقيقة . فلم يكن هذا مانعا له من تمسكه بالتقادم الخمسى . ولكن ماهو وقت تلقى الحق المتصور عملا أنه يقصد بذلك الوقت الذى كانت الملكية تنتقل فيه الى الحائز لو أن سلفه كان مالكا . ومن المعلوم أن التصرف لاينقل الملكية الا اذا سجل فيكون تسجيله هو وقت تلقى الحق . ومما يجل الاشارة اليه أنه اذا كان سند الحيائز وصيه . فتسجيلها أثناء حياة المورث لاينقل الحق الى الموصى له.

---

(١) راجع نص المادة ٩٦٧ مدنى .

لأنه لاينتقل الا بعد الوفاة • فيلزم وقت الوفاة توافر حسن النيه " أى أن الموصى له يجهل أن الموصى ليس مالكا لما أوصى به • أما اذا سجلت بعد وفاة المورث • فان وقت التسجيل هو الذى يعتد به بحسن النيه • لأن الوصية من التصرفات التى لاتنقل ملكية العقارات والحقوق العينيه العقارية الا بالتسجيل (١).

١ - السبب الصحيح :

ورد تعريف السبب الصحيح فى عجز المادة ٢/٩٦٩ مدنى " السبب الصحيح سند يصدر من شخص لايكون مالكا للشىء أو صاحبا للحق الذى يراد كسبه بالتقادم • ويجب أن يكون مسجلا طبقا للقانون " ونظرا لأهمية هذا الشرط فى الحياة العملية فانه يحتاج الى مزيد من التفصيل من حيث ماهيته وشروطه واثباته • كل ذلك سوف نتعرض له على النحو التالى:

(أ) ماهية السبب الصحيح :

يقصد بالسبب الصحيح كل تصرف ناقل للملكية بطبيعته • أو منشىء للحق العينى • وكان ينقل الملكية فعلا الى الحائز أو ينشىء الحق العينى لمصلحته لو صدر من المالك • كالبيع والهبة

---

(١) راجع المادة ٩ من قانون الشهر العقارى •

والرهن الحيازى . اذا كان البائع أو الواهب أو الراهن غير مالك لما يبيعه أو يهبه أو يرهنه . وكذلك يعتبر سببا صحيحا العقد الذى يرتب شخص بموجبه حق انتفاع أو ارتفاق على عقار لايملكه . وكذلك أيضا الوصيه اذا كان الموصى غير مالك لما أوصى به . ولكن القسمة أو الصلح لايعتبر سببا صحيحا . لأن كليهما غير ناقل للملكية . وهما كاشفان عن الحق . وبالمثل أيضا الاجارة الوديه . والتصرف الباطل لايعتبر سببا صحيحا لأنه معدوم . ولكن على العكس من ذلك التصرف القابل للابطال يعتبر سببا صحيحا لأن له وجود قانونى . واذا تقرر الابطال زال وجوده من تاريخ ابرامه ولايعتبر سببا صحيحا . والتصرف المعلق على شرط واقف لايعتبر سببا صحيحا الا منذ تحقق هذا الشرط . أما المعلق على شرط فاسخ يعتبر سببا صحيحا ولكن اذا تحقق الشرط الفاسخ زال التصرف وانعدم السبب الصحيح (١) .وأما عن شرط التسجيل الوارد فى نهاية النص " يجب أن يكون مسجلا طبقا للقانون " فان ذلك لايكون له محلا الا اذا كانت الحيازة منصبه على عقارا ومما هو جدير بالذكر أن السبب الصحيح لايعتبر عنصرا فى حسن النيه وانما هو شرط مستقل عنه . ولذلك يجب أن يكون له وجود فعلى ولايكتفى اعتقاد الحائز فى وجوده . فالسند الظنى لاوجود له الا فى مخيلة الحائز . ومثل ذلك الوصية التى يجهل الحائز أن الموصى قد عدل عنها قبل وفاته لايعتبر سببا صحيحا . وقد قضى بأن مشترى قطعة أرض اذا حاز قطعة أخرى لايتضمنها عقد البيع زيادة على الأرض المبيعة

---

(١) راجع د/ جمال زكى المرجع السابق ص ٥٣٥.

لايعتبر حائزا لها بسبب صحيح ولايستطيع من ثم كسب ملكيتها بالتقادم القصير (١) .

(ب) **شروط السبب الصحيح :**

لكى نكون بصدد سبب صحيح يوجب التمسك بالتقادم الخمسى لابد من توافر هذه الشروط الآتيه :

أولا : أن يكون عملا قانونيا ثانيا : أن يكون ناقلا للملكية .

ثالثا : أن يكون صادرا من غير مالك

رابعا : أن يكون سندا حقيقيا .

وسوف نتولى شرح هذه الشروط تفصيلا كما يلى :

أولا : **أن يكون عملا قانونيا :**

اشتراط كون العمل قانونى حكمته تكمن فى دفع شبهة الغصب فى نظر الحائز واعتقاده . ولايهم بعد ذلك أن يكون هذا العمل عقدا مثل البيع أو الهبة أم تصرفا قانونيا من جانب واحد . أم كان معارضة أو تبرعا (٢) ويدخل فى عداد هذه الأعمال القانونية الأحكام القضائية التى تقرر الملكية أو تنشىء حقا عينيا مثل حكم مرسى المزاد . ولايعتبر محضر

---

(١) راجع نقض مدنى فرنسى ٣/٤/١٩٨٨ داللوز ١٩٨٨ ـ ١ ـ ٣٥٣ .

(٢) راجع د/البدراوى ، المرجع السابق ص ٥٢٠ .

التسليم الرسمى الذى يتسلم بموجبه الراسى عليه المزاد الأطيان الراسى عليها المزاد سببا صحيحا لتملك هذه الأطيان بالتقادم • لأنها لاتعتبر عملا قانونيا (١) • وبالترتيب على ماتقدم لايصلح الميراث كسبب صحيح يستند اليه فى كسب الملكية بالتقادم الخمسى• فالوارث الذى يضع يده على مال غير مملوك للمورث معتقدا أنه قد آل اليه بالميراث لايعتبر مستندا الى سبب صحيح ولايمكنه تملك هذا المال بالتقادم الخمسى • بل يجب البحث عن سبب حيازة المورث لذلك المال • فاذا اصح أنه يحوزه بناء على عمل قانونى ناقل للملكية بطبيعته • استطاع الوارث أن يفيد من الاستناد الى هذا السند • فالخلف العام كما سبق أن ذكرنا سلفا يستمر فى حيازة السلف بصفاتها • واذا اتضح عكس ذلك فانه لايصلح أن يكون صببا صحيحا للتملك بالتقادم الخمسى •

ثانيا : أن يكون ناقلا للملكية :

يجب أن يكون السبب الصحيح من طبيعته نقل الملكية أو الحق العينى • ومثل ذلك البيع - الوصية - الهبة - والعقود المنشئة لحقوق الانتفاع والارتفاق • وبالقياس على التصرفات الناقلة للملكية الأحكام القضائية الناقلة للملكية • فالأصل أن جميع الأحكام القضائية كاشفة عن الحق أو مقررة له • ولكنه استثناء من ذلك الأصل العام تكون هناك أحكام قضائية ناقلة للملكية ومثل ذلك حكم مرسى المزاد الصادر بعد

(١) راجع نقض مدنى مصرى ١٩٥٢/١٢/٣٠ مجموعة عمر جـ٥ رقم ٣٦ ص٦٩١ •

اجراءات نزع الملكية بناء على طلب الدائنين . أو فى حالة تعذر القسمة بين الشركاء على الشيوع . فيباع العقار بالمزاد . فعندئذ يصلح حكم مرسى المزاد سندا صحيحا ويوجب التملك بالتقادم الخمسى . وكذلك الحكم الصادر بثبوت حق الشفيع بالأخذ بالشفعة وقد تعرضنا له سلفا فهو ناقلا للملكية أيضا . وبالتطبيق على ماتقدم يخرج من هذا التعداد القسمة فلا تصبح أن تكون سببا صحيحا للتقادم الخمسى لأنها كاشفة وليست ناقلة للملكية . وكذلك الصلح اذ هو أيضا عقد كاشف أو مقرر للحق وليس ناقلا للملكية .

ثالثا : **أن يكون صادرا من غير مالك :**

لما كان السبب الصحيح هو تصرف صادر من غير مالك . وأن عدم ملكية المتصرف كان العلة فى عدم انتقال الملكية الى المتصرف اليه بواسطة التصرف ذاته . وهكذا يتضح أن السبب الصحيح يجب أن يكون صادرا من غير مالك (١) . ولايشترط أن يكون من صدر منه السبب الصحيح قد حاز المال حيازة قانونية أو عرضية . ولايشترط أيضا ما اذا كان المتصرف يستند فى حيازته الى سندا ما كان مجرد مغتصب . لأن الحائز لايكتسب التملك بالسبب الصحيح وحده وانما بالحيازة المستندة اليه . وانما المهم ألا يكون متلقى الحيازة عن طريق السبب الصحيح عالما بعيب هذا

(١) راجع نقض مدنى ١٩٥٥/١/٢٧ مجموعة محكمة النقض السنة ٦ ص٥٤٧ .

السند حتى يكون حسن النيه · ويترتب على اشتراط صدور السبب الصحيح من غير مالك · أن التصرف الصادر من المالك لايمكن أن يعتبر سببا صحيحا فالعقد الصادر من المالك اما أنه قد نقل الملكية فى الحال ودون أن يكون معرضا للنقض أو البطلان أو الفسخ فى هذه الحالة لاتعرض لنا المسألة التقادم · واما أن العقد مع صدوره من مالك الا أنه نقل الملكية ولكن مهدده بالزوال بسبب وجود سبب من أسباب البطلان أو الفسخ · فى هذا العقد وفى هذه الحالة لايستطيع المتصرف اليه أن يحتج بالتقادم الخمسى ليعطل دعوى البطلان أو الفسخ بل لايزول البطلان أو الفسخ بالتقادم المسقط لهما · واما أن العقد مع صدوره من المالك لم ينقل الملكية لعدم تسجيله · وفى هذه الحالة لن يستطيع المتصرف اليه الاستناد الى التقادم الخمسى كسبب لملكيته بل لايستطيع التمسك بالتقادم الطويل (١) ·وقد جرى قضاء محكمة النقض على أن تصرف الشريك على الشيوع فى حصة مفرزة فى حكم التصرف الصادر من غير مالك وبالتالى يجوز للمتصرف اليه أن يستند اليه كسبب صحيح لتملك ماتلقاه من الشريك بالتقادم الخمسى متى كان حسن النيه أى متى كان يعتقد أن المتصرف مالك على التحديد (٢)·

---

(١) راجع د/البدراوى ،المرجع السابق ص ٥٢٦·

(٢) راجع نقض مدنى ١٩٤٧/٢/٢٧ مجموعة عمر جـ٥ ص٣٦٥رقم١٦٠·

رابعا : **أن يكـون السند حقيقا موجـودا :**

لما كـان ماسبق أن السبب الصحيح هـو عمل قانونى ناقل للملكيـــــة•ومـــن ثم يشترط أن يكـون حقيقا موجودا فاذا كـان عقدا صوريا لاوجود له فى حقيقة الواقع أو كـان فى ظاهرة عقدا ناقل للملكية فى حين أن حقيقته ليســـــت كذلك فلا يعتبر سببا صحيحا • وللمتمسك ضده بالتقادم اثبات صوريتـــــه بكافة طرق الاثبات • باعتباره من الغير (١)• وكذلك الحـال اذا كـــــان السند لاوجـود له الا فى مخيلة الحائز فلا يصلح كذلك سببا صحيحا • وبالمثل اذا كـان السند الذى تلقى به الحيازة باطلا كما سبق القول لايعتبر ســـببا صحيحا لأن التصرف الباطل معدوم ولاوجود له • واذا استلزم المشـــــرع شكلا معينا فى العقد وتخلف فان العقـــــد يعتبر باطلا• ولايصلح أن يكون سببا صحيحا للتملك • فالمشرع فى المادة ٤٨٨ مدنى اشترط انعقاد الهبة فى شكل رسمى • فاذا لم تتخذ هـذا الشكل لايصح اعتبارها سببا صحيحا يستند اليه الموهوب له لتملك العقار الموهوب بالتقادم الخمسى • والا لم يكـــــن الموهوب له الا التمسك بالتقادم الطويل (٢).

اثبات السبب الصحـيح :

سبق أن ذكـرنا أن السبب الصحيح لايفترض فى التقادم الخمســـــى وهو تقادم خاص بالعقار دون المنقول • وكان يتعين من ثم اعمالا للقواعدالعامة

(١) راجع مؤلفنا "الموجز فى أصول الاثبات فى المواد المدنية"١٩٩٣ص١١٨

(٢) راجع د/ البدراوى ،المرجع السابق ص ٥٢٦•

فى الإثبات عدم جواز اثباته بالبنيه أو القرائن اذا زادت قيمة العقار أو الحق على مائة جنيه • ويتعين أن يكون هذا السند الصحيح ثابت التاريخ للاحتجاج به على المالك الحقيقى • فلا تحسب اذن مدة الخمس سنوات اللازمة للحيازة الا ابتداء من اليوم الذى يكسب فيه المحررتاريخا ثابتا • ولكن هذه القواعد العامة لامحل لتطبيقها ايذاء صراحة النص التشريعى فى المادة ٣/٩٦٩مدنى "ويجب أن يكون السبب مسجلا طبقا للقانون " • فالعمل القانونى غير المسجل طبقا لهذا النص حتى ولو كان ثابت التاريخ لايعتبر سببا صحيحا وباتالى فان كل مدة قبل تسجيله يجب اسقاطها فى حساب مدة التقادم الخمسى (١) •

ثالثا : آثار التقادم المكسب :

لما كان التقادم بنوعيه يكسب الحائز بعد توافر الشروط التى أسلفناها سواء كانت شروط مشتركة أم شروطا خاصة ملكية الشيء المحوز أو الحق العينى وهذا الحق يكتسبه بقوة القانون دون توقف على قضاء بالحكم بذلك •اذ أن نص المادة ٩٦٨ " كان له أن يكسب ملكية الشيء أو الحق العينى" وهذا الأثر أكده المشرع فى نص آخر هو المادة ٩٧٢ مدنى " ليس لأحد أن يكتسب بالتقادم على خلاف سنده ". ويتحدد أثر التقادم المكسب على النحو التالى :

---

(١) - راجع نقض مدنى ١٩٣٢/١٢/٢٨ مجموعة عمر جـ ١ ص ٢٩٢رقم١٥٧•

(أ) يجـد التقادم أثره فى حـدود الحيازة التى قام على أساسها :

يتحدد الأثر المكسب للتقادم بحدود الحيازة التى قام على آساسهـا التقادم • فبقـدر الحيازة يكون التقادم • فالتقادم المكسب على حـد تعبير بعض الفقهاء (١) حالة واقعية تتحـول الى حـق • ولهذا يتحدد الحـق بحدود تلك الحالة الواقعية التى استمرت طوال مدة التقادم • ويترتب على ذلـك مايلى :

١ _ اذا حاز الحائز جزءا فقط من العقار فان هذا الجزء محل الحيازة فقـط هو الذى يكتسب بالتقادم دون باقى الأجـزاء الأخرى •

٢ _ من فتح مطلات على ملك جـاره على أقل من المسافة القانونيـة فانه يكتسب هـذا الحق بالتقادم • ولكن لايكون له يزيـد فى اتساع فتحات المطلات أو بفتح مطلات أخرى •

٣ _ يترتب على كسب الملكية بالتقادم اكتساب أيضا ماعلى هـذا الشىء من تكاليف وحقوق عينيه كانت موجودة عليه وقت بـدء الحيـازة• وعلى ذلك اذا كـان الشىء وقت بدء الحيازة مثقلا بحـق ارتفـاق أو مقررا عليه حـق انتفاع • فانه لايكـون من آثر التقادم المكسب أيا كانت مدته سقوط أى من هذه الحقوق • بما ان الحائز يكسب ملكية الشىء بما عليه من حـق ارتفاق أو انتفاع • ولن يستطيـع الحائـز أن يتمسـك بسقوط أى مـن هـذه الحقـوق•

---

(١) راجع د/البدراوى ،المرجع السابق ص٥٣٦•

الا اذا كان صاحبها قد امتنع عن استعمالها مدة خمس عشرة سنة فسقطت بعدم الاستعمال (١) . واذا كان العقار مثقلا بحق رهن أو اختصاص أو امتياز أي بحق من الحقوق العينيه التبعية . فان الحائز اذا كسب ملكيته بالتقادم لم يترتب على ذلك سقوط أي من هذه الحقوق . فالحقوق العينيه التبعية لاتسقط استقلالا بالتقادم المسقط . وتظل قائمة مابقى الدين المضمون . ولاتنقضى الا بانقضائه (٢).

(ب) **الأثر الرجعي بالتقادم :**

يقصد بالأثر الرجعي بالتقادم أن الحائز يصبح صاحبا للحق الذى كسبه . أي من يوم بدء سريان التقادم . وليس من يوم تمام مدة التقادم . ويتحقق هذا الأثر سواء استندا الحائز الى أثر أو لم يستند . فاذا كان يستند الى سند . فان هذا السند يتطهر من عيوبه ويتأيد نهائيا . فيحتفظ الحائز بالشيء مثلا بصفته مشتريا أو موهوبا له . كما لو كان السند نقل اليه الملكية أو الحق منذ صدوره . ويكون الأساس للتملك هو السبب الصحيح (٣) فالملكية المكتسبة بالتقادم القصير لم تكتسب بطريقة

---

(١) راجع د/البدراوى . المرجع السابق ص ٥٣٦ .
(٢) راجع استئناف مختلط ١٩٢٧/٥/١٧ مجموعة التشريع والقضاء المختلط ص ٥٧٧ .
(٣) هذا يستفاد منه أن السند الظنى أو السند الباطل لايكفى لكسب الملكية .

منشئة ، بل هى بطريق النقل ، وهـذا مايفسر لنا أن الملكيـة تنتقل محملة بما تقرر عليها من حقوق قبل تاريخ بدء التقادم ،وعلـى حـد تعبير الفقيه الفرنسى جوسران [1] أن التقادم يقوم فـى هـذه الحالة مقام السند ، ويترتب على فكـرة الأثر الرجعى للتقـادم نتيجتان همـا :

١ - أن الحائز يتملك الثمار التى جناها أثناء فترة التقادم سواء كـان حسن النيه أم سىء النيه وذلك لأنه يحتفظ بها على أساس الملكيـة، وبفضل فكـرة الأثر الرجعـى فهـو مالك من يوم بدء الحيازة .

٢ - جميع الحقوق التى رتبهـا الحائز أثناء فترة التقادم تعتبر نافـذه وصادرة من مالك ، أما الحقوق التى صـدرت من المالك الحقيقـى فى أثناء هـذه الفترة تسقط ولامجـال للاحتجاج بها ضـد الحائز ولا ضد مـن اكتسب منه حقا على الشىء .

(جـ) ضـرورة التمسك بالتقادم :

نصت على ضرورة التمسك بالتقادم المادة ١/٣٨٧ مدنى " لايجـوز للمحكمة أن تقضى بالتقادم من تلقاء نفسـها ، بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو بناء على طلب دائنيه أو أى شخص لـه مصلحة فيه ولو لم يتمسك به المدين " .

---

(٢) راجع جوسران جـ ٢ رقم ١١٧١ .

ولعل المحكمة التشريعية من ضرورة التمسك بالتقادم من صاحب المصلحة الحائز أو الدائن . وعدم جواز اثارته من قبل القاضي تكمن في أن التقادم قد يفيد الغاصب . وهذه مسألة تخالف الضمير والوجدان . ولذلك ترك المشرع أمر صحو الضمير متعلق بصاحب المصلحة ولم يحصل هذا الأمر وجوبيا على القاضي [١] . والتمسك بالتقادم يجوز في آية حالة كانت عليها الدعوى حتى ولو أمام محكمة الدرجة الثانية بشرط ألا يكون هناك نزول عن التمسك به . وقد أشارت الى ذلك المادة ٢/٣٨٧ مدني وذلك باعتباره من الدفوع الموضوعيه التي يصح التمسك بها لأول مرة أمام المحكمة الاستئنافية [٢] . وليس للتملك به شكل معين . بل يصح أن يكون التمسك به صراحة أو ضمنيا والمهم ألا يكون التمسك بشكل غامض بحيث يحدث شك في حصوله .

٥ - النزول عن التمسك بالتقادم:

نصت المادة ١/٣٨٨ مدني على أنه " لايجوز النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه . كما لايجوز الاتفاق على أن يتم التقادم في مدة تختلف عن المدة المعينه قانونا " . يتضح من هذا النص أن المشرع المصري حرم نزول الحائز عن التقادم قبل بدء سريانه . اذ فيه خروج على النظام العام . أما اذا حصل نزول عن التقادم أثناء سريان مدته فان هذا النزول يكون صحيحا بالنسبة للماضي . ولكنه لايسرى بالنسبة للمستقبل .

---

(١) راجع د/البدراوي فقرة ٣٨٨.

(٢) راجع د/عبدالباسط جميعي ،أصول المرافعات ١٩٨١ ص ٢٣٣.

أما ماجاء بالفقرة الثانية من النص سالف الذكر من عدم جواز الاتفاق على تعديل مدة التقادم بالاطالة أو التقصير • فهو أمر غاية الصعوبة • فمن غير المتصور ثمة وقوع اتفاق بين الحائز والمالك على شيء من هذا • واذا تمت مدة التقادم جاز النزول عنه • وقد أورد المشرع هذا النزول في عجز المادة ٢/٣٨٨ مدني " وانما يجوز لكل شخص يملك التصرف في حقوقه أن ينزل ولو ضمنا عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه على أن هذا النزول لاينفذ في حق الدائنين اذا صدر اضرار بهم" •

والنزول عن التقادم قصره قانوني من جانب واحد • لايشترط لتمامه قبول من جانب من يسري التقادم في مواجهته • والغالب الأعم أن يكون النزول صريحا • ولامانع أن يكون ضمنيا يستفاد من أعمال قاطعة في الدلالة عليه (١) • ولايجوز الرجوع في هذا النزول بواسطة من صدر منه • ويجوز أن يقع لصالح شخص عديم الأهلية • وذهب بعض الفقهاء الى أن النزول عن التقادم مجرد اسقاط يتمثل في ترك الحائز حقه في التمسك بالتقادم مما يترتب عليه تأييد حق المالك • فسند المالك الحقيقي يبقى كما هو • فهو لايعد تصرفا ناقلا للملكية • ومع ذلك رأى المشرع أن النزول عن التقادم يعادل أعمال التصرف • فاشترط لصحة النزول عنه أهلية التصرف في الحق موضوع التقادم • وأجاز المشرع في نهاية النص الوارد في المادة ٢/٣٨٨ مدني للدائنين الطعن في نزول مدينهم عن التقادم الذي تم لمصلحته اذا صدر هذا النزول اضرار بحقوقهم • وهو قبل ذلك

---

(١) راجع د/البدراوي ،أثر مضى المدة في الالتزام بند١٣٧ ،ونقض مدني ١٩٦٢/١٢/١٣ مجموعة المكتب الفني السنة ١٣ ص ١١٢٤ رقم١٣•

أجاز للدائنين أيضا أن يتمسكوا بالتقادم اذا أهمل المدين التمسك به • واجـازة الطعن فى هـذا النزول خروج على أحكـام الدعـوى البوليصية التى من أهـم شروطها أن يكـون التصرف المطعـون فيه مفقرا ،والنزول عـن التقادم ليـس كذلك لأنه لايترتب عليه زيادة فى ديون المدين ولا اخراج مال من ذمتـه• ولأن الملكية لاتثبت للحائز الا اذا تمسك بالتقادم (١) •

• • • • • • • • • • • • • • •

المطلـب الثالـث

الحيـازة فـى المنقـول

النص التشريعى :

عالج المشرع تملك المنقول بالحيازة فى المادتين ٩٧٦، ٩٧٧ مدنـى وقد جـاء نص المادة الأولى :" من حاز بسبب صحيح منقولا أو حقا عينيـا على منقول أو سندا لحامله فانه يصبح مالكـا له اذا كـان حسن النيه وقـت حيازته • فان كان حسن النيه والسبب الصحيح قد توافر لدى الحائز فى اعتباره الشىء خاليا من التكاليف والقيود العينيه فانه يكسب الملكية خالصة منهـا • والحيازة فى ذاتها قرينة على وجـود السبب الصحيح وحسن النية مالم يقـم الدليل على عكس ذلك " • ثم جاء نص المادة الثانية :" يجوز لمالك المنقول أو السند لحامله اذا فقده أو سرق منه خلال ثلاث سنوات من وقت الضيـاع

---

(١) راجع د/البدراوى ، حـق الملكية بوجه عام ١٩٩١ص ٥٤٣•

أو السرقة • فاذا كان من يوجد الشيء المسروق أو الضائع فى حيازته قد اشتراه بحسن نية فى سوق أو مزاد علنى أو اشتراه ممن يتجر فى مثله فان له أن يطلب ممن يسترد هذا الشيء أن يعجل له الثمن الذى دفعه".

يتضح من هذا التنظيم التشريعى أن المشرع وضع قاعدة عامة فى تملك المنقول وعلى حد تعبير الفقه هى " الحيازة فى المنقول سند الملكية " ثم وضع استثناء على ذلك • ولما كانت هذه القواعد جاءت مجملة وتحتاج الى شيء من الايضاح (١) لوضع الحقيقة كاملة أمام القارىء والباحث فاننا سوف نتولى هذا الايضاح من حيث مجال تطبيق القاعدة العامة وشروط تطبيقها والآثار التى تترتب على هذه القاعدة • ومعالجة الاستثناء الخاص باسترداد الشيء الضائع أو المسروق وذلك على النحو التالى :

أولا : تملك المنقول بالحيازة •"الحيازة فى المنقول سند الملكية " :

أشار المشرع الى هذه القاعدة العامة فى المادة ٩٧٦ مدنى سالفة الذكر • والتى بمقتضاها يكسب الحائز ملكية المنقول أو الحق العينى موضوع الحيازة عليه بمجرد حيازته له متى كان حسن النيه واستند فى حيازته الى سبب صحيح • بحيث تعتبر الحيازة فى ذاتها بهذين الشرطين سببا لكسب ملكية المنقول • لأن الحائز يكسب بها ملكية المنقول الذى حازه لو كان

---

(١) راجع د/البدراوى فقرة ٣٩٠" يرى أن فى التعبير بهذه القاعدة نقص لأنها تعتبر سببا لكسب الملكية والحقوق العينيه الأخرى مقابلة للحيازة " •

من سلمه اليه غير مالك له • وعجز من ثم تصرفه عن نقل ملكيته • وتتأسس هذه القاعدة على اعتبارات عمليه وهى : توفير الثقة فى المعاملات المالية لأن المنقولات بطبيعتها تتداول بسرعة بين الناس وفى غالب الأحوال يتعذر اعداد محررات تثبت التصرفات التى ترد عليها • ولامناص لذوى الشأن من الركون الى حيازة من يريد التعامل معه باعتبارها علامة ظاهرة لحقه على المنقول الذى يحوزه • ويجب من ثم أن يجد فى هذه الحيازة تجاه من تتبع مالكه اذا ظهر أن حائزة غير مالك • واذا كانت مصلحة المالك قد ضحيت فى حالة ما اذا خان وكيله أو المودع عنده أو المستأجر أو المستعير منه الأمانة وتصرف فى المنقول فلا يلومن هذا المالك الا نفسه • لوضع ثقته فى غير موضعها ولاتعدد قاعدة الحيازة فى المنقول سوى أن تكون طريقا خاصا (١) لكسب الملكية فى المنقول بشروط معينه • وهى تشبه الاستيلاء من حيث كسب الملكية فورا • وان كانت تختلف عنه فى أنها تطبق على المنقولات التى هى محل الملكية •

مجال تطبيق القاعدة :

يقصد بمجال تطبيقها • المنقولات التى تخضع لهذه القاعدة وكذلك الحقوق التى يمكن أن ترد عليها • لأن هذه قاعدة شاذه على كسب الملكية• ومن ثم نتولى تباعا المنقولات والحقوق التى تنطبق عليها قاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية كما يلى :

---

(١) راجع د/جمال زكى ، دروس فى الحقوق العينيه عام ١٩٧٦ ص ٥٦٦•

(أ) المنقـــــولات :

تنطبق قاعدة الحيازة فى المنقول على المنقولات المادية التى تكـــــون موضوعا للحيازة وبالتالى لاتخضع المنقولات المعنوية مثل الديــــــون والأوراق التجارية التى تنتقل بالحواله أو بالتظهير • كما لاتخضـع لهـــــا المحلات التجارية لأن المحـل التجارى فى جانب له عناصر معنوية تتمثل فـــى: حـق الايجار والاسم التجـارى ـ وكذلك الأمـر مجموعات الأموال مثل التركـــات المنقولة • فلا تخضع لهـذه القاعدة • وانمـا استثناء من ذلك تنطبق هـــــذه القاعدة على السندات لحاملها بنص المادة ١/٩٧٦ مدنى التى تندمج الحقوق التـــى تتضمنها فى المحررات التى تثبتها وتأخـــذ لذلك حكم المنقولات الماديـــــة• واذا كـان الأصل العـام هـو خضوع جميع المنقولات المادية لتلك القاعدة العامـة فان هناك من هذه المنقولات المـادية لايخضع لهـذا التطبيق وأهم هـــــذه الأمـوال • المنقولات المادية التى وجـب المشرع نقل ملكيتها عن طريـــــق الشهر مثل السفن والطائرات • وذلك لانتفاء الحكمـة من القاعدة العامـــــة ولأن صاحـب الشأن يستطيع الرجـوع الى سجـل الشهر لمعرفة مالكها • كذلـــك الأموال المنقولة المادية التى تعتبر أموالها أموال عامة مثل : الآثاروالكتـــــب التى توضع فى المكتبات العامة • فهـذه الأموال بطبيعتها خارجـة عن نطـــاق التعامل ولتكون محـلا لكسب ملكيتها بالتقادم (١) .

---

(١) راجع نقض مدنى ١٩٣٧/١٢/١٦ مجموعة أحكام النقض جـ٢ ص٢١٥ •

(ب) الحـــــقوق :

لاتقتصـــر الحقوق التي يجــوز كسبها بالحيازة على الملكيــــة بل يمكن أن يكسب بمقتضاها كـل حـق عيني على منقول يســتلزم أن يكـون المنقول في حيازة صاحبه ويمكن من ثم أن يكون موضوعا للحيازة مثـل حـق الانتفاع والرهـن الحيازى وحقوق الامتياز التي تقوم على فكـرة الرهـن الضمني • كامتياز مؤجـر العقار • أو امتياز صاحب الفندق • فكمـا أن مشـتري المنقول من غير مالكه يكسب الملكيه بحيازته • فكذلك من يترتب له حـــق انتفاع أو رهـــن حيازى على المنقول من غير مالكه يكسب الانتفاع أو الرهـــن بحيازته • ويعتبر مؤجـــر العقار في حكم الحائز بالنسبة الى المنقـــولات الموجوده في العين المؤجـرة (١) • وصاحب الفندق بالنسبه لأمتعة النزيـــل في الفندق • ويكون لهما هـذا الامتياز حتى ولو كانت غير مملوكة للمستأجر أو النزيل

شـــروط تطبيق القاعدة العامـــة :

أولا : أن تكـون الحيـازة قانونية :

يجب أن تكون الحيازة فعلية مكتملة العنصرين المادي والمعنـــوى وهـــذه الحيازة هي التي تتحقق بالتسليم للمنقول المادي وبالتالي لاتكفي الحيـــازة الحكمية • كذلك المنقول مع البائع على سبيل الوديعه أو الايجار • كما لايكفـــي الحيازة الرمزية كتسليم سند النقل عن البضائع المنقولة • وهـــذا يفترض أن الحيازة

(١) راجع د/جمـال زكـي ،المرجع السابق ص ٥٦٦فقرة ٣٠٩ •

خاليه من العيوب أى يجب أن تكون الحيازة هادئه ظاهرة خاليه من الغموض لأن أثر هذه القاعدة يترتب فور الحيازة . وقد قضت محكمة النقض المصرية تطبيقا لذلك (١) " أن الحيازة لاتعتبر سند للتملك فى المنقول الا اذا كانت فعليه بنيه التملك بريئه من الغموض واللبس . وهى لاتكون فعليه الا اذا ترتب عليها وجود الشيء محل الحيازة فى مكنة الحائز وتحت تصرفه . ولاتكون بنية التملك الا اذا كان الحائز أصيلا يحوز لنفسه لا لغيره . ولاتكون بريئة من الغموض أو اللبس الا حيث تخلص ليد واحدة لاتخالطها يد سواها مخالطة تثير الشك فى انفرادها بالتسلط على الشيء (التصرف فيه " .

ثانيا : **أن تقترن الحيازة بحسن النيه :**

ويقصد بحسن النيه اعتقاد الحائز أنه تلقى الحق من المالك . أو ممن يملك تقرير الحق . وحسن النيه مفترض وعلى من يدعى أن الحائز كان سيء النيه اثبات ذلك (٢) . أما عن الوقت الذى يلزم فيه توافر حسن النية فهو وقت حيازة المنقول . وعلى ذلك اذا مضت مدة بين صدور العقد وبين تسلم المنقول وحيازته بالفعل فلا يكفى أن يكون الحائز حسن النيه وقت صدوره بل يجب أن يستمر كذلك حتى وقت حيازة المنقول بالفعل أما اذا ساءت نيته فى خلال هذه الفترة وتسلم المنقول فانه لايستطيع كسبه الا بالتقادم الطويل ومتى كان حسن النيه وقت الحيازة . فليس بشرط أن يستمر كذلك بعد ذلك

(١) راجع نقض مدنى ٣٠/١/١٩٤٧ مجموعة أحكام النقض جـ٥ ص٣٣٧ رقم١٤٧ .

(٢) راجع د/البدراوى ،المرجع السابق ص ٥٤٧ .

لأنه بمجرد الحيازة قد كسب ملكية المنقول ولاتزول عنه الملكية بعد ذلك اذا علم بأن المتصرف لم يكن مالكا ٠

ثالثا : أن تستند الحيازة الى سبب صحيح :

لايعدو أن يكون السبب الصحيح في هذه القاعدة سوى ترويدا لمفهومه في التقادم الخمسي على النحو الذي سبق ايضاحه تعليقا على نص المادة ٣/٩٦٩ مدني ٠ فالغرض هنا أن الحائز تلقى الشيء من غير مالك بناء على سند ينقل الملك بطبيعته ٠ ولكنه لم ينقله اليه لعدم صدوره من مالك ولكن يجب الا يكون من صدر منه السبب الصحيح قد وضع يده على منقول ضائع أو مسروق ٠ اذ لامجال لتطبيق قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية في هذا الافتراض الأخير ٠ هذا وقد افترض المشرع السبب الصحيح كما افترض حسن النيه زيادة في حماية الحائز بحيث يتعين على المالك الذي يريد استرداد منقوله أن يثبت لنعدام السبب الصحيح كما أن عليه أن يقيم الدليل على سوء نيته وقت حيازته له (١) ٠

آثر قاعدة الحيازه في المنقول سند الملكيه .

يترتب على قاعدة الحيازة في المنقول من توافرت شروطها أثران : الأول : الأثر المكسب ،والثاني : الأثر المسقط ٠ وسوف نعرض لهما على النحو التالي :

---

(١) راجع د/جمال زكي ،المرجع السابق ص ٥٦٨ بند ٣١١٠

١ - الأثـــر المكســـب :

يقصد بالأثر المكسب أن يصبح الحائز مالكا للمنقول أو صاحب الحـــق العينى عليه ٠ فالحيازة تكسب ملكية المنقول اذا لم يستطع ســـند المتصرف اليه أن يكسبه اياها لكونه غير مالك له ٠ ويصير حائـــزه فى مأمــن من تتبع مالكه ٠ فيصبح مالكا للمنقول من يحوزه بســـبب صحيح اذا كـان حسن النيه وقت حيازته لو كـان المتصرف غيـــر مالك له ٠ فاذا اشترى شخص منقولا وتلسمه من بائعــه أصبـــح مالكا له ٠ ولو كان هــذا الأخير غير مالك لما باعه ٠ بل كـــان مستأجـرا أو مستعيرا أو وديعا له لأن المشترى من كـان حســـن النيه يكسب ملكيـة المنقول بالحيازة وليس بمقتضى البيع الذى لايمكـــن أن ينقل اليه الملكية لصدوره من غير مالك للمبيع ٠

٢ - الأثـــر المســـقط :

نصت على ذلك المـادة ٢/٩٧٦ مدنى " فاذا كان حسن النيـــة والسبب الصحيح قد توافر لدى الحائز فى اعتبار الشىء خاليا مـــن التكاليف والقيود العينيه فانه يكسب الملكية خالصة منها " ٠

يتضح مــن هــذا النـــص أن الأثر المسقط قد يوجـد الى جانب الأثـــر المكســـب ٠ وقد لايوجـد بل يقوم وحــده ٠

(أ) اجتماع الأثر المسقط والمكسب :

فلو اشترى شخص منقولا من غير مالكه · وكان هذا المنقول في ذات الوقت مرهونا للغير · كان للمشترى الذى تسلم المنقول أن يتملكه خاليا من هذا الرهن أى أن الحيازة يترتب عليها كسب الملكية وسقوط الرهن في مواجهة الحائز حسن النيه · ولايكفى فى هذه الحالة أن يكون الحائز حسن النية فى خصوص الملكية · أى لايكفى أن يكون حاصلا أنه يتلقى المنقول من غير مالكه · بل يجب أن يكون جاهلا وجود التكليف أو الحق العينى · وأما السبب الصحيح هنا · فهو السبب الصحيح الذى نقل الملكية أو أنشأ الحق الذى انتقل اليه الحائز بشرط ألا يكون متضمنا تحفظا خاصا بالتكليف أو الحق العينى الذى يتمسك الحائز بسقوطه ·

(ب) تحقق الأثر المسقط وحده :

يقع هذا فى حالة ما اذا تلقى الحائز المنقول من نفس مالكه حاصلا مايوجد على المنقول من قيد أو تكليف · ففى هذه الحالة ستنتقل ملكية المنقول بموجب التصرف وليس على أساس الحيازة · ولكن خروجا على قاعدة أن الانسان لايستطيع أن ينقل لغيره أكثر مما له · فان الملكية تنتقل خاليه من كل قيد أو تكليف · ويكون السبب الصحيح هنا هو تصرف صادر من المالك (١) نفسه لا من غير المالك ولكنه لم يتضمن تحفظ أو اشارة الى القيد أو التكليف الوارد على المنقول ·ومثل ذلك اذا اشترى شخص منقولا وكان هذا المنقول مثقلا بحق

---

(١) راجع د/ البدراوى فقرة ٣٩٤ ص ٥٥٣ ·

امتياز • فانه يكسب ملكيته خالصه من الامتياز الذى يثقله اذا كان حسن النيه يجهل وجوده ولايستطيع الدائن صاحب حق الامتياز أن يتبع المنقول بين يدى المشترى لاستيفاء حقه من ثمنه •

استثناء من القاعدة العامة : "استرداد المنقول الضائع أو المسروق"

نصت على هذا الاستثناء المادة ٩٧٧ مدنى التى جاء نصها " يجوز لمالك المنقول أو السند لحامله اذ فقد أو سرق منه أن يسترده ممن يكون حائزا له بحسن نية وذلك خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة• فاذا كان من يوجد الشيء المسروق أو الضائع فى حيازته قد اشتراه بحسن نية فى سوق أو فى مزاد علنى أو ممن اشتراه ممن يتجر فى مثله • فان له أن يطلب ممن يسترد هذا الشيء أن يعجل له الثمن الذى دفعه" •
يتضح من سياق النص المتقدم أن المشرع وضع هذا الاستثناء على قاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية • نفضل حق المالك على الحائز حسن النيه ولعل الحكمة من هذا الاستثناء تبدو واضحة فى أن المالك فى حالتى الضياع أو السرقة لم يشارك فى ايجاد المظهر المادى الذى خدع الحائز فجلعه يعتقد أن المتصرف هو المالك • فيجوز اذن للمالك طلب استرداد المنقول أو المسروق أو الضائع من يد الحائز حسن النية • ولكن ماهى شروط الاسترداد ؟ يشترط لاسترداد المنقول الضائع أو المسروق عدة شروط نوجزها فيما يلى :

أولا : أن يكـون خروج المنقول من يد حائزه بسبب السرقة أو الضياع :

ورد النص صراحة على ذلك فى عجز المادة ٩٧٧مدنى " اذا فقـــــد أو سرق منه " واذا خرج الشيء من يد حائزه بسبب غير ذلك • فلا مجـــال لأعمال هــذا الاستثناء • وبالتالى تطبق القاعدة الأصليه فى تملك المنقـــول • وعلى ذلك اذا كان خروج الشيء بسبب جريمة نصب أو خيانة أمانه • فلا يطبـق الاستثناء (١) فلا محل للقياس للسرقة أو الضياع على غيره • ولايشترط أن تكون السرقة معاقبا عليها أو غير معاقب عليها • فقد يكون السارق غير مسئول لوجود مانع من موانع العقاب • ولايهم أن يكون التصرف الذى حاز الشخص المنقـــول على أثره قد صدر من السارق نفسه • أو من شخص آخر سبق أن تلقاه مــن السارق • فالاسترداد جائز من الحائز اطلاقا •

ثانيا : أن يطلب الاسترداد فى خـلال ثلاثة سنوات :

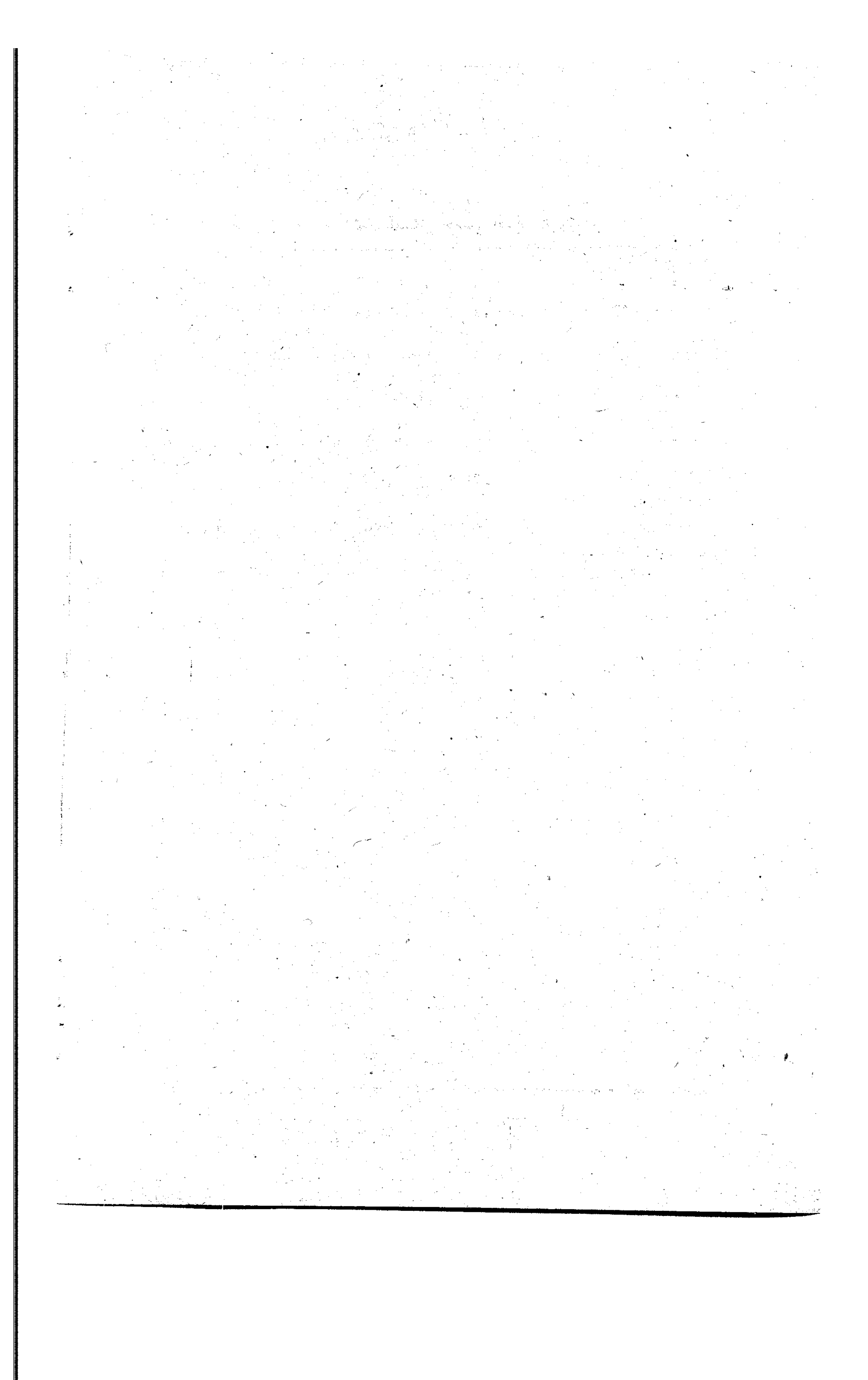
لقـد وضع المشـرع نطاقا زمنيا لطلب الاسترداد حدده بثـــلاث سنوات تحسب من وقت الضياع أو السرقة • وهـذه المـدة ليست مـــدة تقادم • وانمـــا هـى مدة سقوط • فهـى لاتقبـل الوقف أو الانقطـاع • وتســرى فى مواجهـــة جميع الأشخاص وفى جميـع الحالات • فالمشرع يعطـى استثناء لمالك الشـيء المفقـود أو المسروق الحق فى اســـترداده خروجا على القاعدة العامـــة •

(١) راجع د/ البدراوى ، المرجع السابق ص ٥٥٧ فقرة ٣٩٨•

ثالثا : **تعجيل دفع الثمن للحائز حسن النيه بشروط معينه :**

اذا كان حائز الشيء المسروق أو الضائع قد اشتراه بحسن نية فى مزاد علنى أو ممن شخص ممن يتجر فى مثله ٠ فله أن يطلب ممن يسترد هذا الشيء أن يعجل له الثمن الذى دفعه أما فى غير هذه الحالة ٠ فلا يكون للحائز رجوع الا على من تلقى منه المنقول وفقا لأحكام العقد الذى تلقاه بموجبه ٠ وهنا يقع على المشترى عبء اثبات أنه اشترى الشيء المذكور فى مزاد علنى أو ممن يتجر فى مثله ٠ وللمشترى حق حبس المنقول حتى يؤدى اليه مادفعه من ثمن ٠

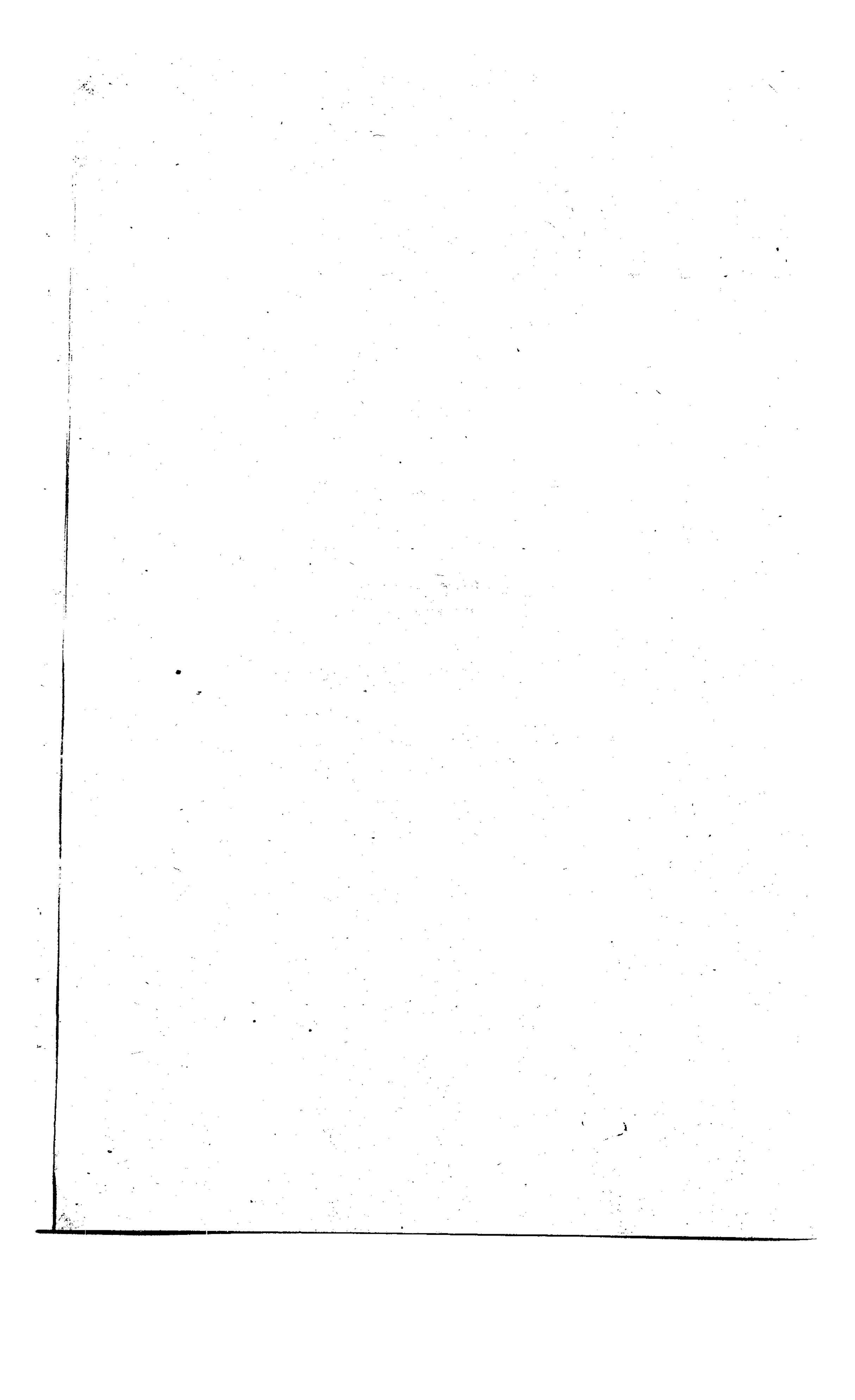
=======



القســـم الثانــى

الحــقوق المتفرعــة عن حـــــق الملكيـــــة

" الانتفاع ـ الاستعمال ـ السكنى ـ الارتفــــاق "



القسم الثانـــى

الحقوق المتفرعـــه عن حق الملكيـــة

تمهيـــد

عالج المشرع المصرى الحقوق المتفرعه عن حق الملكيه فى الباب الثانى من الكتاب الثالث من التقنين المدنى المصرى الجديد، وذلك فى ثلاثة فصـــول تناول الفصل الأول حق الانتفاع ومصغرية حق الاستعمال والسكنى وذلـــك فى المواد من ٩٨٥ حتى ٩٩٨ مدنى • وفى الفصل الثانىحـــق الحكـــر فى المواد من ٩٩٩ حتى ١٠١٤ مدنى • وفى الفصل الثالث حق الارتفـــاق وذلك فى المواد من : ١٠١٥ حتى ١٠٢٩ مدنى • هذه هى الخطة التشريعيه التى تناولها المشرع • وسوف نحذو حذوه فى هذه المعالجة البحثية لهـــذا التنظيم التشريعى للحقوق المتفرعة عن حق الملكية •

ولكن نظرا لالغاء حق الحكر • فاننا سوف نقتصر على معالجة حق الانتفـاع ومصغرية الاستعمال والسكنى فى باب أول • ثم نتناول حق الارتفاق فـــى الباب الثانى • وذلـــك على النحـــو التالـــى :-

الباب الأول

حق الانتفـــاع والاستعمال والسكنى[1] .

تمهيـــد :ـ

جمع المشرع فى معالجته التشريعية بين هذه الحقوق الثلاثـــــة وذلك فى المواد من : ٩٨٥ حتى ٩٨٨ مدني . وفصل أحكام حق الانتفـــاع وأحال فى المادة ٩٨٨ مدنى يسريان أحكامه التفصيلية على حق الاستعمـــال والسكنى بالقدر الذى لمْ يكن فيه تعارض . ومن ثم تأتى خطة بحثنا فى هـذا الباب مفصلة لأحكام حق الانتفاع من حيث ماهيته وخصائصه وأسباب كسبـــه ثم الأثار التى تترتب على كسب حق الانتفاع وأخيرا انتهاء حق الانتفاع ثـــم نعالج حق الاستعمال والسكنى فى فصل أخير . على أن تكون خطة البحـــث منقسمة الى أربعة فصول متتاليه هـــــى :ـ

الفصـل الأول

ماهية حق الانتفاع وخصائصه وأسباب كسبه

ماهيتـــه :ـ

فى واقع الأمر لم يعرف المشرع حق الانتفاع فى التنظيم التشريعـى المشار اليه سلفا . إلا أنـــه يمكـــــن القـــول أن حـــق

١ ـ راجع د/جمال زكي المرجع السابق ص١٠٥٨ يطلق على الاستعمال والسكنى صغرى حق الانتفاع

الانتفاع [١] حق عينى أصلى يخول لصاحبه الانتفاع طوال حياته على الاكثر بشىء أو بحق لغيره • مع احتفاظه بعينه لصاحبه • فيودى قيامه الى تجزئة حق الملكيه الى انتفاع وملكية ورقبة، وبتعبير أكثر وضوحا أنه حق عينى • أصلى يعطى لصاحبه استعمال الشىء واستغلاله • وهو يرد على شىء مملوك للغير • وهو حق موقوف [٢] • هذا وقد ورد [٣] فى مرشد الجبران أن الانتفاع الحائز هو حق المنتفع فى استعمال العين واستغلالها مادامت قائمة على حالها وان تكن رقبتها مملوكة • وحق الانتفاع ليس شائعا فى مصر • لأنه يندر أن يرتبه مالك الرقبة • وبالتالى فليس له سوى أهمية محدده •

خصائصه :ـ

أولا : حق الانتفاع حق عينى أصلى :ـ

لما كان حق الانتفاع حق مباشر على الشىء ينتفع به دون توسط مالك الرقبة • فانه يتمتع بمزية الحق العينى الذى يخول صاحبه سلطة مباشرة على الشىء • فصاحب الحق العينى له أن يمارس السلطات المخوله له بموجب القانون مباشرة دون حاجة الى تدخل شخص آخر لتمكينه من ذلك • وبهذا

١ـ راجع د/ جمال زكى المرجع السابق ص٥٨٢ فقرة ٣١٦•

٢ـ راجع د/ توفيق فرج دروس فى الحقوق العينية الأصلية طبعه نادىالقضاه ١٩٨٢ ص٢٢٥

٣ ـ راجع المادة ١٤ من مرشد الجبران •

يتميز حق المنتفع عن حق المستأجر مع أنه يبدو في ظاهره قريب من وضـــع المستأجر في الانتفاع بالعين [١] فهو حق عيني على خلاف حق المستأجـــر فهو حق شخصي • وتوجد التزامات متبادلة بين الموءجر والمستأجر لاوجـــود لها في طبيعة العلاقة بين المنتفع ومالك الرقبة [٢] • واذا كان حق الانتفاع واردا على عقارا فلابد من تسجيل التصرف المنشيء له •

ثانيا : حق الانتفاع موقـــت :ـ

نصت المادة ١/٩٩٣ مدنى " ينتهي حق الانتفاع بانقضاء الأجـــل المعين • فان لم يعين له أجل عد مقررا لحياة المنتفع • وهو ينتهي علـــى أي حال بموت المنتفع حتى قبل انقضاء الأجل المعين " • يتضح من هـــذا النص أن المشرع حدد حدا أقصى لحق الانتفاع • وهذا الحق هو الحـــد المتفق عليه بين مالك الرقبة وصاحب حق الانتفاع أو حياة المنتفع أي المدتين أقصر • وتطبيقا لذلك فان حق الانتفاع ينتهي حتما بوفاة صاحب حق الانتفاع حتى ولو كانت المدة المتفق عليها لازالت سارية فحق الانتفاع ينقضي بمـــوت المنتفع ولايورث • وسبب ذلك هو أن حق الانتفاع يحد الى حد ما تـــداول المال • فلا المنتفع يملك الرقبة حتى يستطيع التصرف في الرقبة والانتفـــاع معا [٣] • ويرجـــع البعـــض ذلـــك التأقيـــت الـــى

١ـ راجع د/ جمال زكي المرجع السابق ص٢٨١ •

٢ـ راجع د/ محمد على عمران المرجع السابق ص٢٦٧ •

٣ـ راجع د/ توفيق فرج المرجع السابق ص٢٢٨ •

أنه [١] حق متفرع على الملكية تتجزأ فيه عناصرها • وهذا وضع استثنائي اذ المفروض أن تتجمع تلك العناصر • ولهذا صار حق الانتفاع موقتا •

ثالثا :ـ يرد على شيء مملوك للغير غير قابل للاستهلاك :ـ

اذا كان حق الانتفاع يرد على شيء مملوك للغير فان هذا الشيء لابد أن يكون غير قابل للاستهلاك • ذلك أن المنتفع يلتزم بأن يحافظ على الشيء ويرده في نهاية الانتفاع • وهذا يستلزم أن يكون الشيء الذى يرد عليه الحق من الاشياء التى تقبل الاستعمال • ومع ذلك اذا ورد على أشياء لايمكن استعمالها الا باستهلاكها مثل النقود • كان للمنتفع أن يرد بدلا عنها أو قيمتها عند انتهاء حقه فى الانتفاع [٢] • والشيء الذى يرد عليه الانتفاع قد يكون منقولا وقد يكون عقارا • ولكن التساؤل يثور حول ما اذا كان يمكن أن يرد حق الانتفاع على شيء غير مادى • انقسم الرأى فى فرنسا فذهب البعض [٣] الى أن الانتفاع يرد على كل مال مادى أو معنوى طالما كان من الممكن أن يخول المنتفع منفعة اقتصادية • بينما يذهب البعض الآخر [٤] الى أن الانتفاع الذى يرد على مال غير مادى لايمكن أن يوصف بأنه حق عينى • ومع ذلك يمكن القول أن حق الانتفاع يجوز أن يتقرر على أى مال مملوك للغير طالما كان من الممكن تجزئة ملكية

١ـ راجع د/ توفيق فرج المرجع السابق ص٢٢٨ •

٢ ـ راجع نص المادة ١/٩٩٢ مدنى مصرى

٣ـ راجع أوبرى ورو جـ٢ هامش ٤ مكرر بند ٢٢٦•

٤ـ راجع كولان وكابيتان جـ١ ص٥٥٨ •

هذا المال الى ملكية رقبة هى جهه ومنفعة فى جهة آخرى • بحيث تظل ملكية الرقبة لصاحب الحق والمنفعة لصاحب الانتفاع • وذلك سواء كان المال الذى يرد عليه ماديا أو غير ماديا • فقد يرد الانتفاع على السندات والقيم المنقوله • كما يرد على المحل التجارى والديون وحقوق الموءلف وبراءات الاختراع وعلى مجموعات الأموال سواء كانت قانونية أم فعلية (١) •

أسباب كسب حق الانتفاع :ـ

أوضح المشرع أسباب كسب حق الانتفاع فى نص المادة ٩٨٥ مدنى"حق الانتفاع يكسب بعمل قانونى أو بالشفعة أو بالتقادم • ويجوز أن يوصى بحق الانتفاع لأشخاص متعاقبين اذا كانوا موجودين على قيد الحياة وقت الوصية • كما يجوز للحمل المستكن "•

بامعان النظر فى هذا النص سالف الذكر يبين بجلاء أن المشرع أفصح عن المصادر المنشئة لحق الانتفاع • فينشأ حق الانتفاع من عمل ارادى ويتم ذلك عن طريق تصرف قانونى أو عمل قانوني سواء كان عقدا أم وصية • كما يمكن أن ينشأ من طريق آخر هو الشفعة أو التقادم • وسوف نعرض فيما يلى لهذه الاسباب على النحو التالى :ـ

---

١ ـ يقصد بالأموال الفعلية مثل المحلات التجارية • والاموال القانونية التركات .

ولا : كسب حق الانتفاع بالتصرف القانونى :

يكتسب حـق الانتفاع عن طريق التصرف القانونى وقد يكون عن طريق العقد كما يكون عن طريق الوصية • فقد يتم انشاء الحق بواسطة العقد مباشرة أو بصفة غير مباشرة • اذ يتم انشاء الحق عن طريق تصرف ناقل للحق كما هو الحال فى صورة عقد البيع أو الهبة أو القسمة • ويتم التصرف فى هذه الحالة عن طريق الانتفاع لصالح شخص لم يكن له من قبل الانتفاع بالشيء • فيتفق على أن يحتفظ المالك بالتصرف • ويخول المنتفع سلطتى الاستعمال والاستغلال • وقد يتم انشاء الحق بصورة غير مباشرة عن طريق احتفاظ المالك بالاستعمال والاستغلال ىنقل الملكية للرقبة الى شخص أخر ، وفى هذه الحالة يكون الانتفاع نتيجة غير مباشرة للعقد• اذ المالك ينقل ملكية الرقبة بالعقد فيبقى له الانتفاع • وهذا لايكون الا عن طريق العقود الناقلة للملكية فقط (١). واكتساب حق الانتفاع قد يكون بعوض وقد يكون بغير عوض • وقد يكون انشاء حق الانتفاع عن طريق الوصية • وهذا هو الأكثر ذيوعا وانتشارا • ويتم هذا عن طريق الايصاء بحق الانتفاع لشخص على أن تظل الرقبة بعد ذلك للورثة• وقد يكون العكس بأن يوصى بالأعيان لشخص على أن تكون المنفعة للورثة (٢)

---

(١) راجع د/توفيق فرج ، المرجع السابق ص-٢٣ فقرة ١٧٢•

(٢) راجع المادة ١٨ من مرشد الحيران " جواز أن يوصى بمنفعة العين مع بقاء رقبتها لورثة الموصى ،كما تجوز الوصية بالرقبة لشخص ومنفعتها لشخص آخر • كلاهما أجنبيان عن الشيوع •

ولكن يجب مراعاة نصاب الوصية وهو ألا يزيد على الثلث وهـذا هـو ما أكـده المشرع بالنص عليه فى المادة ٢/٩٨٥ مدنى سالف الاشارة اليه . وفى كـل الأحـوال لاينشأ حق الانتفاع الا اذا تم التسجيل أو القيد فى السـجل العقارى اذا تعلق الأمـر بعقـار .

ثانيا : كسـب حـق الانتفاع بالشفعة :

ورد النص على ذلك فى عجز المادة ١/٩٨٥ مدنى " .... أو بالشفعة " . وقد سبق أن أوضحنا ذلك عند الحديث عن الشفعة كسـبب من أسباب كسب الملكية فيستطيع مالك الرقبة أن يشفع فى حق الانتفاع الملابس لرقبته وان كان يترتب على الشفعة انقضاء حق الانتفاع . واذا كـان يترتب على الشفعة انقضاء حق الانتفاع . واذا كـان حق الانتفاع شائعـا بين عدة شركاء وكان أحـدهم قد باع حصته . كان لكل من الباقين اذا لـم يشفع فيها مالك الرقبة أن يأخـذ بالشفعة الحصة المبيعة . لتكون الشـفعة سببا لكسب حصة شائعة فى حـق الانتفاع . واذا كـانت الشفعة تعتبـر سببا لكسب حق الانتفاع على هـذا النحو . الا أنه ينبغى أن يراعـى أن هـذا يؤدى الى جمع عناصر الملكية . فيصير لمالك الرقبة الملكية التامة (١)

---

(١) راجع د/ توفيق حسن فرج ، دروس فى الحقوق العينيه الأصلية والاثبات عام ١٩٨٢ طبعة نادى القضاة ص ٢٣٢ - ٢٣٤ .

ثالثا : كسب حق الانتفاع بالتقادم :

تناول المشرع هذا الطريق من طرق كسب حق الانتفاع في ذات النص سالفة الذكر وهو نص المادة ١/٩٨٥ مدني " . ـ أو بالتقادم" .

ومع ذلك فان السبب لايقوم بالنسبة للعقارات التي تم قيدها بالسجل العيني . فلا يتصور الا على العقارات التي لم يتم قيدها بالسجل . ومن جهة أخرى فان اكتساب حق الانتفاع بمرور الزمن أمر نادر الوقوع اذ لايتصور أن يحوز شخص مابقصداكتساب حق انتفاع فقط . في الوقت الذي يكون فيه قادرا على اكتساب الملكية التامة . ومع ذلك فمن المقصور على اعمال مرور في هذه الحالة متى كان في يد الشخص سند يخوله حق الانتفاع بالعين ولكن السند معيبا لصدوره من غير مالك . في هذه الحالة يكتسب الحائز الحق طبقا للسندبالتقادم . مع فارقا هاما بين ما اذا كان هنا الحائز حسن النيه يكتسب الحق بالتقادم القصير . أم سيء النيه لايكتسبه الا بالتقادم الطويل . واذا تعلق الأمر بمنقول توافرت فيه شروط الحيازة والسند الصحيح . اكتسب الحق بمجرد الحيازة . اذ الحيازة في المنقول سند الحائز وهذا هو ماتم شرحه تفصيلا عند حديثنا عن قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية .

============

الفصل الثانى

الآثار التى تترتب على حق الانتفاع

تمهيد :-

يتحدد أثر حق الانتفاع بما للمنتفع من حقوق والتزامات مقيد في هذا الصدد بالسند الذى أنشأ حق الانتفاع فضلا عن الأحكام التى وردت بالتقنين المدنى ٠ وجماع هذه الأحكام تحدد حقوق المنتفع بالنظر الى ماله من حق عينى ٠ كما توضح الالتزامات الملقاه على عاتقه وذلك بالنظر أيضا الى واقعة مادية هى وضع يده على رقبة العين ٠ وقوام هذه الحقوق والالتزامات مناطها المحافظة على الشيء حتى يعود الى مالك الرقبة وقد أوضح المشرع هذه الحقوق والالتزامات فى المواد من :٩٨٦حتى ٩٩٢ مدنى مصرى ٠ ومن ثم تأتى الخطة البحثية فى هذا الفصل منقسمة الى مبحثين : الأول : يتناول حقوق المنتفع ٠ والثانى :يتناول التزامت المنتفع على النحو التالى :

المبحث الأول

حقوق وسلطات المنتفع

تمهيد :

تنحصر حقوق وسلطات المنتفع فيما تبقى من عناصر الملكية اذ أن الملكية تخول صاحبها سلطات ثلاثة هي : الاستعمال - الاستغلال - التصرف • وبما أن حق الانتفاع لايخول المنتفع سلطة التصرف فمن ثم يكون مجاله حق الاستعمال والاستغلال • ولصاحب حق الانتفاع فى سبيل استغلال الشيء القيام بأعمال الادارة اللازمة له • كما أن له التصرف فى حقه • وله أيضا استعمال الدعاوى التى يخولها له حقه • ومن هنا تأتى دراستنا فى هذا المبحث منقسمة الى مطلبين :يتناول المطلب الأول حقوق المنتفع ، ويتناول المطلب الثانى : سلطات المنتفع •

المطلب الأول

حقوق المنتفع

يكون للمنتفع حق مزدوج (١) هو استعمال الشيء واستغلاله أو جنى ثماره • ويعتبر حق الاستغلال عنصره الأساسى وبه يتميز عن حق الاستعمال •فله من السلطات التى يخولها حق الملكية الاستعمال -الاستغلال

---

(١) راجع د: توفيق حسن فرج ، المرجع السابق ص ٢٣٦فقرة ١٨٠ •

- الحصول على الثمار عدا سلطة التصرف فهي باقية لمالك الرقبة . وسوف نعرض لكل على حدة كما يلي :

أولا : حق الاستعمال :

يقصد بحق الاستعمال . الاستخدام للشيء استخداما ماديا لصالحه الشخصي في الغرض الذي أعد له هذا الشيء . فاذا كان مايرد عليه الحق بناء كان له أن يستعمله بنفسه فيسكنه . واذا كان أرضا زراعية فيكون له زراعتها . وان كان سيارة فله ركوبها . وهو في كل هذا يستخدم الشيء لمنفعته الذاتيه (١) . ويمتد نطاق الاستعمال على الشيء كما هو الشأن بالنسبه للمالك . ما للمالك عليه من حقوق فهو يستعمل الشيء كما لو كان هو المالك له . ولكن مهما بلغت المساواة بين المنتفع والمالك من حيث الاستعمال . فان المنتفع يتقيد دائما بالغرض الذي أعد له الشيء . فليس له تغيير غرض الاستعمال الا باذن من مالكه (٢) . وبالتالي لايجوز للمنتفع اساءة استعمال الشيء . والا كان للمالك الاعتراض على ذلك . ولقد ورد النص في الفقرة الثانية من المادة ٩٨٨ مدني " أن يعترض على أي استعمال غير مشروع أو غير متفق مع طبيعة الشيء " . واذا كانت حقوق المالك في خطر من جراء هذا الاستعمال غير المشروع فله مطالبة المنتفع بتقديم تأمين كاف لدرء هذا الخطر .

---

(١) راجع د: توفيق حسن فرج ،المرجع السابق ص ٢٣٦فقرة ١٨٠ .

(٢) راجع نص المادة ٩٨٨ مدني مصري .

فاذا لم يقدم ذلك أو تمادى فى الاستعمال غير المشروع على الرغم من اعتراض المالك على ذلك • فللمالك اللجوء الى قاضى الموضوع أو قاضى الأمور المستعجلة حسب الأحوال لانتزاع الشيء من يد المنتفع وتسليمها الى آخر ليتولى ادارتها • بل وللقاضى وهو أمر جوازى طبقا لخطورة الموقف الحكم بانتهاء حق الانتفاع دون اخلال بحقوق الغير•

ثانيا : **حق الاستغلال :**

ينصرف هذا الحق الى حصول المنتفع على ثمار الشيء دون المنتجات سواء كانت ثمارا طبيعية أو مدنية أو مستحدثه ولقد سبق لنا سلفا ايضاح التفرقة بين الثمار والمنتجات (١) • ويحدد السند المنشيء لحق الانتفاع الوقت الذى يبدأ فيه حقه فى الثمار • فاذا لم يرد فيه تحديد له كان للمنتفع ثمار الشيء منذ الوقت الذى يتعين فيه تسليم الشيء له ولو تأخر عنه تسجيل سنده • وله كذلك مايعد فى حكم الثمار (٢) وهى ماقد تحتويه التربه من معادن ومناجم متى كانت حاصلاتها عائدة لصاحب العقار • وانما يشترط أن يكون المنجم أو المحجر قد فتح قبل بدء الانتفاع • فاذا لم يكن قد فتح قبل بدء الاستغلال فلا تأخذ هذه المنتجات حكم الثمار (٣) • وتكون ثمار الشيء بنسبة مدة انتفاعه أيا كان نوع الثمار • ومع ذلك اذا ورد الانتفاع

---

(١) الثمار هى ماينتجه الشيء بصفة دورية دون انقاص لأصله• أما المنتجات تنقصها الدورية وتمس بأصل الشيء بانقاصه •

(٢) يطلق عليه الفقه الثمار بالتخصيص •

(٣) راجع د/ توفيق فرج ،المرجع السابق ص٢٤٠ فقرة ١٨٣•

على أرض زراعية وكانت مشغولة بزرع قائم عند انتهاء حق المنتفع تركت لـه أو لورثته الأرض الى حين ادراك الزرع مقابل دفع أجرتها عن هذه الفترة الزمنية . فاذا ترتب حق انتفاع على قطيع من المواشى كان للمنتفع نتاجها بعد أن يعوض منها . مانفق من الأصل بحادث مفاجئ وبرى البعض فى الفقه المصرى والفرنسى [١] أن الانتفاع لايرد على مفردات القطيع بقدر مايرد على كله باعتباره مجموعا من المال . على أنه اذا كانت المواشى ملحقة بأرض زراعية ورد عليها حق انتفاع يجب اعتبارها تابعه للأرض لا مستقلة بذاتها . ولايكون للمنتفع حق فى نتاجها الا بعد أن يعزز القطيع بانتاج الضرورى لحاجات الاستغلال الذى أعدت له الأرض [٢] .

---

(١) راجع د/السنهورى ،الوسيط ج٩ فقرة ٤٩٥ .وبلانيول وريبير فقرة ٧٩٠ .

(٢) راجع د/ جمال زكى ، المرجع السابق ص ٥٨٦ فقرة ٣٢٢ .

المطلب الثانـى

سـلطات المنتفـع

للمنتفع فى سبيل استغلال الشيء له ٠ القيام بأعمال الادارة اللازمة لذلك ٠ وله كذلك التصرف فى حقـه كما له أخيرا استعمال الدعاوى التـى يخولهـا له حقه ٠ وسوف نتولى تفصيل تلك السلطات على النحـو التالى:

أولا : القيام بأعمـال الادارة اللازمة لذلك :

يعتبر الايجـار أظهـر أعمـال الادارة ٠ فللمنتفع أن يؤجـر الشيء الذى يرد عليه حقه للحصـول على أجرته التى تعتبر هى ثماره المدنيـة ويظل الايجار الصادر من المنتفع قائما للمدة المحـددة فيه طالمـا ظل حـق الانتفاع قائما على العين المؤجـرة ٠ ولكنه ينقضى بانتهاء حـق الانتفاع بموت المنتفع أو بحلول أجله ٠ لأن المادة ٥٦٠ مدنى جاء نصهـا " أن الاجارة ممـن له حـق الانتفـاع تنقضى بانقضاء هـذا الحق اذا لـم يجـزها مالك الرقبة ٠ على أن تراعى المواعيد المقررة للتنبيه بالاخـلاء٠ والمواعيد اللازمة لنقل محصول السنة٠" ولكـن ماهـو حكـم الايجار الصـادر من مالك الرقبة قبل تقرير حـق الانتفاع على العين ؟ علي المنتفع احتـرام الايجـار المقرر على العين محـل حق الانتفاع قبل بدءه ٠ وهـذا الايجـار الصحيح من وجهـة نظر القانـون الا أنه ينبغى سريانه عن حق المنتفـع أن يكـون له تاريخ ثابت قبل تقرير حق الانتفاع ٠ كما يجب أن يكـون

خاليا من الغش • واذا كانت مدة ايجار العقار تزيد على تسع سنوات فلا يسري في حدة المنتفع الا اذا كان مسجلا طبقا للمادة ١١ من قانون الشهر العقاري • على أن التشريعات الاستثنائية مثل قانون ايجار الأماكن وقانون الاصلاح الزراعي تأخذ بامتداد عقد الايجار بالنسبة للمستأجر أو ورثته وايذاء ذلك الظلم الذي قد يقع على مالك الرقبة في حالة امتداد العقد وبقاء المستأجر في العين • فقرر المشرع الفرنسي [١] حماية لمالك الرقبة الى منع المنتفع من الاستقلال بايجار العين محل حق الانتفاع • اذا كانت أرضا زراعية أو عقارا مخصصا لاستغلال تجاري أو صناعي أو حرفي • وأوجب أن يشترك معه مالك الرقبة أو يحصل على اذن من المحكمة بذلك • ومن ناحية أخرى قرر عدم نفاذ الايجار الذي يبرمه المنتفع أيا كان نوع العين المؤجرة • أو الغرض الذي خصصت له في مواجهة مالك الرقبة الا لمدة تسع سنوات [٢].

ثانيا : **التصرف في حق الانتفاع :**

لاشك أن المنتفع يعتبر صاحب حق تنحصر سلطاته في الاستعمال والاستغلال • ولهذا يمكنه أن يتصرف في حدود ماله من سلطات فقط في حقه • وهو في هذا اذا تصرف فلا يستطيع أن يعطي المتصرف اليه أكثر مما يملك هو نفسه • وبهذا يتقيد حق المتصرف اليه بهذا النطاق •

---

(١) راجع مازو ، دروس في القانون المدني فقرة ١٦٧٦ •

(٢) راجع ريبير وبولانجيه جـ ٣ فقرة ٣١٨ •

وللمنتفع أن يتصرف فى حقه بمقابل أو بدون مقابل . الا أن جواز التصرف على هذا النحو محكوم بسند الانشاء لحق الانتفاع . فقد يرد فيه نص يقرر عدم جواز النزول عن حق الانتفاع للغير . وعندئذ يكون هذا الشرط محل اعتبار .ومن ثم اذا تصرف المنتفع فى هذا الحق فانه ينتقل الى المتصرف اليه . ومع ذلك يظل المنتفع مسئولا أمام مالك الرقبة بجميع التزاماته . لأن حق الانتفاع ينقضى بموته هو لابموت المتصرف اليه. ويجوز للمنتفع رهن حق الانتفاع رهنا حيازيا أو رسميا . كما يجوز للدائن فى الحالة الأخيرة . أخذ حق اختصاص عليه (١).

ثالثا : **الدعاوى التى تحمى حق الانتفاع :**

للمنتفع أن يرفع دعوى الاعتراف بحق الانتفاع . وهى تقابل دعوى الاستحقاق بالنسبة للملكية . على من يحوز الشىء الذى يرد عليه حق الانتفاع . كما له رفع دعوى الحيازة ضد الجميع وحتى على مالك الرقبة اذا نزع منه حيازته بدعوى الاسترداد . أو دعوى منع التعرض . وأساس ذلك أن المنتفع له الحيازة القانونية لحق الانتفاع . وله أيضا رفع دعوى تعيين الحدود والقسمة . وان كان يلاحظ أن الحكم فى تلك الدعاوى لايكون حجة على مالك الرقبة الا اذا أدخل فيها. لأن القاعدة العامة أن الأحكام ذو أثر نسبى . أى لاتلزم الا من كان طرفا فيها .

---

(١) راجع د/ جمال زكى ، المرجع السابق ص ٥٨٨.

المبحث الثانـى

التـــزامات المنتفـــع

تمهـــيد :

لقد وضع المشرع العديد من الالتزامات على عاتق المنتفع • منهـــا ماهـــو سابق على مباشرة حـــق الانتفاع • ومنهـــا ماهـــو تالى له • ولقـــد حصـــر الالتزامات الواردة قبل مباشرة حق الانتفاع فى المادة ٩٩٢ مدنـــى وتحدث عـــن باقى الالتزامات الأخـــرى فى المـــواد من ٩٨٩ حتى ٩٩١ مدنى• ومن ثم تأتى دراستنا لهـــذه الالتزامات منقسمه على مطلبين يتناول المطلـــب الأول : الالتزامات السابقة على مباشرة حـــق الانتفاع • ويتناول المطلـــب الثانى : الالتزامات الأخـــرى •

المطلب الأول

الالتزامات السابقة على مباشرة حق الانتفاع

تحديد هذه الالتزامات :

عرض المشرع لهذه الالتزامات فى نص المادة ٩٩٢ مدنى التى جاء نصها "اذا كـــان المال المقرر عليه حق الانتفاع منقولا وجب جرده ولزم المنتفـــع تقديم كفالة به • فان لم يقدمهـــا بيع المال المذكـــور ووظف ثمنـــه فى شـــراء سندات عامة يســـتولى المنتفع على أرباحهـــا • وللمنتفع الذى قـــدم الكفالة أن يستعمل الأشياء القابلة للاستهلاك • وانما عليه أن يرد بدلهـــا

عند انتهاء حقه في الانتفاع • وله نتاج المواشي بعد أن يعوض منها
مانفق من الأصل بحادث مفاجئ "•

يتضح من هذا النص أن المشرع حدد هذه الالتزامات في التزامين
هما : الأول : جرد المنقول الذى يتقرر عليه حق الانتفاع • والثاني
تقديم كفالة • ومما هو جدير بالذكر أن هذه الالتزامات خاصة في
حالة ورود حق الانتفاع على المنقول فقط •

أولا : جرد المنقول :

الزم المشرع المنتفع بجرد المنقول الذى يرد عليه حق الانتفاع
لأنه ملزم برده عند نهاية الانتفاع • وكان هذا الالتزام واجبا على
المنتفع حتى لايثور نزاع في المستقبل بين المنتفع والمالك • وليس للجرد
شكل معين يجب أن يتم فيه فيكفى أن يكون بورقة عرفيه (١) يوقع عليها
المالك والمنتفع لتكون دليلا على المنقول الذى تسلمه المنتفع والحالة التى تسلمه
عليها • ولايشترط بيان قيمة هذا المنقول الا اذا كان يستهلك بالاستعمال
فتنتقل ملكيته الى المنتفع على أن يرد بدله عند انتهاء حقه • ولايستطيع
المنتفع تسلم المنقول قبل تحرير محضر الجرد • ولكنه متى تحرر كانت له ثماره
منذ بداية حق انتفاعه • هذا ويتم الجرد بحضور المالك بعد دعوته بصورة
قانونية • واذا دعى ولم يحضر فانه يعتبر حاضرا • ويتم

---

(١) راجع د/ السنهوري ج ٩ فقرة ٥٢٣•

تنظيم الكشف فى غيبته (١) . ويحـرر الكشف على نفقة المنتفع . ويوجـب القانون عمل الجـرد فى حالة المنقول . فاذا امتنع صاحب الحـق عن تقديمه . قامت قرينة ضده على أنه تسلم المنقول بحالة سليمة . وعنـد الخلاف يكون للمالك اثبات حالة المنقولات ومحتوياتها بكافة طرق الاثبـات القانونية (٢) .

ثانيا : **تقديـم الكفالـة :**

لما كان المنتفع يتسلم الشيء المنقول محل حق الانتفاع . ومـن الأمـور المنطقية أنه يستعمل هـذا الشيء استعمالا مشروعا وسليما . فـاذا أصابه ضـرر أو تلف وهلـك هـذا المنقول بخطأ المنتفع وتحققت مسئوليتـه عن ذلك . وكان للمالك الرجوع عليه بالتعويض . فانه قد لايكون موسرا . ومن هنـا تبدو الحكمة التشريعية واضحة لالزام المنتفع بتقديم كفالة قبل مباشـرة حق الانتفاع . ولكن أى كفالة يقصد المشرع هنـا ؟ ذهب بعض الفقهاء (٣) الى القول أن الكفالة التي يستلزمها المشرع هنـا هـى الكفالة الشخصية . عن طريق ضم ذمـة المنتفع . حتى تتسع الفرصة للمالك فى الرجـوع عليهـا اذا انقضى الأمـر . ولكن هـل يحل محل الكفالة أى ضمان آخر مثل الرهن أو التأمين ؟ نرى ذلك لأن الهـدف من الكفالة هـو ضمان التعويض عند هلاك

---

(١) راجع د/توفيق فرج المرجر السابق ص ٢٣٩.
(٢) راجع مؤلفنا الموجز فى أصول الاثبات فى المواد المدنية ص ٢٢٥وباعتبارها واقعة مادية ".
(٣) راجع د/توفيق فرج ص ٢٤٠.

المنقول . وطالما أن هذا الضمان الآخر يوفى الغرض فليس هناك مانع لقبوله بدلا من الكفالة . واذا امتنع المنتفع عن تقديم الضمان سواء كان الكفالة أو الرهن أو التأمين . ولم يكن هناك نص فى السند المنشئ لحق الانتفاع على اعفاء من هذا الالتزام . فان المشرع قرر بأن يباع المال المقرر عليه حق الانتفاع . ويوظف ثمنه فى شراء سندات عامة . يستولى المنتفع على أرباحها (١).

المطلب الثانى

الالتزامات الأخرى التى تقع على عاتق المنتفع

تمهيد :

تناول المشرع هذه الالتزامات تفصيلا فى المواد من ٩٨٩ حتى ٩٩١ مدنى . وهى الالتزامات تالية لبدء حق الانتفاع ويمكن حصر هذه الالتزامات فى : استعمال الشئ وادارته ادارة حسنة - صيانة الشئ والقيام بعبء التكاليف المعتادة . حفظ الشئ والمسئولية عن الهلاك. وسوف نعرض لكل منها تفصيلا على النحو التالى :

---

(١) راجع نص المادة ٩٩٢/١ مدنى مصرى .

أولا : استعمال الشيء بحسب ما أعد له وادارته ادارة حسنة :

أوضح نص المادة ٩٨٨ مدنى فى هذا الالتزام بالنص التالى " على المنتفع أن يستعمل الشيء بحالته التى تسلمه عليها وبحسب ما أعد له وأن يديره ادارة حسنة " . يتضح من هذا النص أنه يتعين على المنتفع ألا يخرج عن الغاية التى أعد لها العقار أو الشيء الوارد عليه حقه بصفة عامة (١) ولا على ما كان متبعا فى الاستعمال والاستغلال من الملاك السابقين . سواء تعلق الأمر بالعقارات المبينه أو بالأراضى الزراعية أو بغيرها . فاذا كان الوراد عليه الحق بناء مستعملا للسكنى . فلا يكون له أن يغير هذه الغاية ويحوله الى متجر أو الى مصنع مثلا . واذا كان أرضا زراعية فلا يحولها الى مبانى . بل انه يلتزم فى استعماله ما كان متبعا من قبل حتى بالنسبة لطريقة زراعة الأراضى . مالم يكن تغيير طريقة الزراعة التى كان يتبعها أصحاب العقار السابقين بقصد تحسين الانتاج (٢) . ومع ذلك فان المنتفع لايتقيد بذلك فى بعض الصور . كما فى حالة ماذا كانت الأرض التى ورد الحق عليها من الأراضى البور . اذ يكون له أن يزرعها . وفى هذه الحالة يمكن تبرير هذا على اعتبار أن الأراضى البور ليست معدة لغاية معينة . والاستغلال المعقول يكون عن طريق زراعتها . وفضلا عن ذلك فان هذا لايعد تغييرا ولكنه تحسين للأرض كما لايتقيد كذلك بالعادات

---

(١) راجع نقض مدنى فرنسى ١٩٦٢/١١/٢٦ داللوز١٩٦٣-٦٠"التقيد بالاستعمال يجعل المنتفع غير ذى صفة فى رفع الدعاوى " .

(٢) راجع د/ توفيق فرج ،المرجع السابق ص ٢٤٢ .

السابقة التى كانت متبعة فى الأراضى الزراعية اذا ورد الحق على أراضى زراعية . متى كان الهدف من الخروج عما كان متبعا من قبل من أصحاب الأرض السابقين هو تحسين الزراعة (١) هذا ويلاحظ أن الالتزام باستعمال الشيء وادارته ادارة حسنة هو التزام ببذل عناية هى عناية الرجل المعتاد (٢) . واذا تخلف المنتفع عن القيام بذلك الالتزام فان ذلك يؤدى الى سقوط حق الانتفاع وهو ماسنعرض له عند حديثنا عن انتهاء حق الانتفاع .

ثانيا : **الالتزام بصيانة الشيء أو العناية به :**

ورد هذا النص على ذلك فى عجز المادة ٩٨٩ مدنى التى جاء نصها " المنتفع ملزم أثناء انتفاعه بكل مايفرض على العين المنتفع بها من التكاليف المعتادة . وبكل النفقات التى تقتضيها أعمال الصيانة . أما التكاليف الأخرى غير المعتادة والاصلاحات الجسيمة التى لم تنشأ عن خطأ المنتفع فانها تكون على المالك . ويلتزم المنتع بأن يؤدى للمالك فوائد ما أنفقه فى ذلك . فان كان المنتفع هو الذى قام بالانفاق كان له استرداد رأس المال عند انتهاء حق الانتفاع " . يتضح من سياق هذا النص أن المنتفع يلتزم بصيانة الشيء الذى يرد عليه حقه وعليه تبعا لذلك جميع النفقات التى تقتضيها هذه الصيانة وهى النفقات التى تدفع عادة من

---

(١) راجع د/توفيق فرج ،المرجع السابق ص ٢٤٣.

(٢) راجع د/ جمال زكى ،المرجع السابق ص ٥٩٤

الثمار ويوجبها الاستعمال أو الاستغلال العادى لمن له سلطة الادارة ، ويدخل فيها بالنسبة للبناء اعادة بياضه أو تجديد سلمه أو أرضيته • ويختلف من ثم عن الترميميات التأجيرية الى يلتزم بها المستأجر • ويعتبر التزام المنتفع بالصيانة نتيجة لالتزامه باستعمال الشىء كما يستعمله مالكه من ناحية ومقابلا للثمار التى يجنيها • لأن التكاليف الخاصة بالصيانة تدفع عادة من ريعه • ومن ناحية أخرى يرتبط الالتزام بالصيانة بالانتفاع بالشىء فيبدأ وينتهى معه • ويلتزم المنتفع أيضا بالتكاليف المعتادة مثل الضرائب والرسوم أما التكاليف الأخرى غير المعتادة وكذلك الاصلاحات الجسيمة • فيلتزم بها مالك الرقبة متى كانت غير راجعة الى خطأ المنتفع • كاهمال القيام بأعمال الصيانة المعتادة فترة طويلة •

ثالثا : حفظ الشىء والمسئولية عن الهلاك :

على المنتفع أن يبذل من العناية فى حفظ الشىء مايبذله الرجل المعتاد • فلا يجوز له فى سبيل زيادة غلته أن يحدث مايؤدى الى هلاكه أو تلفه • كأن ينهك سيارة النقل بما يعود عليه بربح وفير • أو الأرض الزراعية بغرس الأشجار • أو بزراعة المحصول الذى يدر له رحا كبيرا ولأن يترك الغير يكسب باعتداءاته عليها ملكية جزء منها أو حق ارتفاق عليها بالتقادم • ويجب على المنتفع تنفيذا لالتزامه بالمحافظة على الشىء أن يبادر الى اخطار مالكه اذا احتاج اصلاحات جسيمه (١) • أو الى

---

(١) راجر نص المادة ٩٩١ مدنى •

اتخاذ اجراء يقيه من خطـــــر لم يكـن منظـورا ليتسنىله القيام فـى الوقت المناسب بتلك الاطلاحات أو بهـذا الاجراء حفظا للشيء وعلى المنتفع كذلـــــك اخطار المالك اذا استمسك الآجنبى بحـق يدعيه على الشيء لنفسه ليستطيـــع الدفاع عن ملكـــه • على أن المنتفع وان كـان على عاتقة الالتزام بالمحافظـة على الشيء • الا أنه لايلتزم بالتأمين عليه من الحريق • ولايعتبر مـــــن ثم عدم التأمين عليه من خطأ يقيم مسئوليته قبل مالك الرقبة [(١)] • واذا كـان المنتفع غير مسئول عن هـلاك الشيء بغير خطأ منه • فانه مع ذلك مسئول عن هلاكـه ولو بسبب أجنبى اذا كـان قد تأخر عن رده الى صاحبـــه بعـــد انتهاء حـــق الانتفاع ولو كـان المالك لم يطلبه برده [(٢)] •

رابعا : **التزام المنتفع بـرد الشيء بحالته عند انتهاء الانتفاع :**

سبق أن رأينا أن المنتفع يلتزم بالمحافظة على الشيء الذى يـــرد عليه حقه وأن يبذل فى ذلك من العناية مايبذله الشخص المعتاد • وهـــــو يلتزم برده بالحالة التى تسلمه عليها • ويعين على التعرف على حالة الشـــيء مايكـون هناك من كشوف تدون فيها الأعيان التى يشملها الانتفاع وحالتها • فاذا تأخـــــر عن رد الشيء الى صاحبه بعد انتهـاء الانتفاع يكون مســــــئولا عن هلاكه • حتـى ولو كان الهـلاك بسبب أجنبى • واذا أصاب الأعيـــــان

---

(١) راجع أوبرى ورو جـ٢ ص ٦٧١-٦٧٢" لايلتزم المنتفع بالاستمرار فى عقد التأمين الذى نشأ قبل حق الانتفاع "•

(٢) راجع المذكـرة الايضاحية تعليق على النص ١٢٤٥ المقابل للمـــادة ٩٩٠ مدنى ، وراجع الأعمال التحضيرية جـ ٦ ص ٥٤٣•

التى ورد عليها الانتفاع ضرر كـان المنتفع مسئولا عنه تجـاه مالك الرقبـة متى كـان بسبب يعزى اليه . ويثور الآمـر فى هذا لاصدد عن التحسينات التى أجراها المنتفع علي الأعيان محـل الانتفاع . لاشك أنه اذا كان قد اجرهـا برضاء المالك فان الآخير يلتزم بأن يعوض المنتفع . أما اذا كـان قـد أحدثها بدون رضاء المالك فلا يحق له أدنى تعويض عنها . وتطبيقا للقواعد العامة يمكـن اجـراء مقاصة بين مايكـون المنتفع قد احدثه من تحسينات ومايكـون ملتزما به نتيجة للاضـرار التى أحدثها في الشيء . وأما عن وجـود منشـآت أو غراس أحدثه المنتفع خـلال فترة الانتفاع فهنا تطبق قواعد الالتصاق علـى النحـو الذى سبق لنا ايضاحه تفصيلا عند حديثنا عن أحكام الالتصاق كسـبب من أسباب كسب الملكية . ونحيـل اليها منعا للتكرار .

=========

الفصـــــل الثالث

انتهـــــاء حـــــق الانتفـــاع

تمهـــــيد :

عالج المشرع انتهـاء حق الانتفاع فى المـــواد من ٩٩٣ حتى٩٩٥ مدنى • وقد وردت هـــذه الآسباب على النحـــو التالى • فينتهى حـــــــق الانتفاع بانقضاء الأجــــل • أو يموت المنتفع قبل حلول هـــذا الأجــــل • وينتهى كذلك بهـلاك الشيء وكذلك ينتهى بعدم الاستعمال مدة خمس عشـــــرة سـنة • ولكن هناك أسباب أخرى يمكـــن اضافتها من استخلاص النظـــــام القانونى لحق الانتفاع وهى عدول المنتفع عن الانتفاع • واجتماع صفتى المالك والمنتفع • وسقوط الحق فى الانتفاع بسبب سوء الاستعمال • ولتكن هـــــذه الأسباب منقسمة الى شقين • أسباب تناولها المشرع • وأسباب من جمـــــاع الاستنباط الفقهـى من التنظيم القانونى لحق الانتفاع • ومن ثم تأتـــى الخطة البحثية منقسمة الى مبحثين • نعالج فى المبحث الأول : الأسباب التشريعيـــة لانتهاء حق الانتفاع • ونعالج فى المبحث الثانى : الأســــباب الأخــــرى لانتهاء هـــذا الحق • وذلك على النحـــــو التالى

المبحث الأول

الأسباب التشريعية لانتهاء حق الانتفاع

النص التشريعي :

تناول المشرع هذه الأسباب في المواد من ٩٩٣ حتى ٩٩٥ مدني وسوف نوردها فيما يلي :

أولا : انتهاء حق الانتفاع بانتهاء المدة المحددة للانتفاع :

ورد النص على ذلك في المادة ٩٩٣ مدني التي جاء نصها "ينتهى حق الانتفاع بانقضاء الأجل المعين ، فان لم يعين له أجل عد مقررا لحياة المنتفع ، وهو ينتهى على أي حال بموت المنتفع حتى قبل انقضاء الأجل المعين " ، يتضح من هذا النص أن مدة الانتفاع تتحدد بأقرب المدتين المدة المتفق عليها في سند انشاء حق الانتفاع أو مدة حياة المنتفع أيهما أقرب ، بمعنى أنه لو توفى صاحب الحق بالانتفاع قبل انتهاء المدة المحددة في سند انشاء حق الانتفاع فان حق الانتفاع ينتهى حتما بهذه الوفاة ، وهذا هو التحديد المباشر لمدة حق الانتفاع وقد تتحدد المدة بوصول شخص ثالث الى شخص معين (١) فهنا يبقى حق الانتفاع

---

(١) راجع المادة ٦٢٠ مدني فرنسي ،

الى أن يصل هذا الشخص الثالث الى هذه السن . حتى ولو مات هذا الشخص الثالث قبل تلك السن المحددة . ومثل ذلك أن يقرر شخص حق انتفاع لقريب له طاعن فى السن حتى يبلغ ابن هذا الشخص سن العشرين مثلا لكى يمكنه اعالته . فهنا يعتبر الانتفاع مقررا لمدة معينه هى بلوغ الابن سن العشرين الى أن يتحقق الوقت الذى كان يصل فيه الى سن العشرين لكن اذا مات المنتفع نفسه قبل ذلك سقط الانتفاع . والمراعى هنا أن حياة الشخص الثالث ليست شرط لازما لبقاء حق الانتفاع وقد حدد المشرع الفرنسى أجلا لحق الانتفاع اذا رتب لمصلحة شخص معنوى وحرم أن تزيد مدته على ثلاثين سنة (١) . حتى لايتأبد بقاؤه بدوام المنتفع . ولايوجد هذا التحديد في القانون المصرى . ولذلك ذهب البعض (٢) الى بقاء حق الانتفاع طوال بقاء الشخص المعنوي . ولكننا نذهب مع اتجاه آخر يرى (٣) أن سلامة هذا الرأى محل شك . وأن الحق الذى ينتهى حتما بوفاة صاحبة يتعين نطاقة ضرورة بالأشخاص الطبيعية . ولايجوز من ثم ترتيبه لمصلحة الاشخاص المعنوية الا مقترنا بمدة معينه .

ثانيا : موت المنتفع :

ينتهى حق الانتفاع حتما بموت المنتفع حتى لو عين له فى سند انشائه أجل معين ووقعت الوفاة قبل حلوله . ذلك أن حق الانتفاع اذا كان له فى

(١) راجع المادة ٦١٩ مدنى فرنسى ، لامثيل لها فى القانون المصرى .
(٢) راجع د/ السنهورى الوسيط ج ٩ ص ٤٨٤ .
(٣) راجع د/ محمد كامل مرسى فقرة ٢٨٧ ، د/جمال زكى فقرة ٢٢٤ ، ٢٢٥ .

بعض الظروف فائدة ، فانه يجزىء حق الملكية بالفصل فى بين عناصره على وجه لايتفق مع حسن استغلاله . ويتعارض من ثم دوامه مع المصالح الاقتصادية للجماعة . ولذلك يعتبر توقيته بحياة صاحبه وعدم انتقاله الى ورثته متعلقا بالنظام العام . واذا تصرف المنتفع فى حقه الى آخر ظلت حقوق المتصرف اليه محددة فى سند انشائه الأصلى وينتهى بموت المتصرف .

ثالثا : **الهلاك التام للشىء محل الانتفاع :**

ورد النص على ذلك فى عجز المادة ٩٩٤ مدنى التى جاء نصها " ينتهى حق الانتفاع بهلاك الشىء الا أنه ينتقل من هذا الشىء الى ماقد يقوم مقامه من عوض . واذا لم يكن الهلاك راجعا الى خطأ المالك فلا يجبر على اعادة الشىء لأصله ولكنه اذا أعاده رجع للمنتفع حق الانتفاع اذا لم يكن الهلاك بسببه . وفى هذه الحالة تطبق أحكام المادة ٢/٩٨٩ مدنى " . يتضح من سياق هذا النص سالف الذكر أن المشرع المصرى لم يحدد أى نوع من الهلاك ينتهى به حق الانتفاع . فقد ورد اللفظ " لهلاك الشىء " ومن ثم فالهلاك اما أن يكون ماديا أو قانونيا أو يتحقق بأية صورة أخرى . فقد يكون الهلاك ماديا كما لو انهدم البناء أو شب حريق فيه . وقد يكون الهلاك قانونيا كما لو خرج الشىء من نطاق التعامل . كما لو صدر قرار بنزع ملكيته للمنفعة العامة . فاذا نزعت ملكية عقارا كان مقررا عليه حق انتفاع من آجله ، فان هذا الحق ينقضى . ومع ذلك فان الحق . ينتقل الى مبلغ التعويض ويتحقق هذا فى كل

حالة يتقرر فيها مبلغ تعويض عند هـلاك الشيء ٠ أو ينتقل حق الانتفـاع من الشيء الى ماقد يقوم مقامه من عرض ٠ وفى هذه الحالة لانكون بصدد حـق انتفاع بل بصدد شبه انتفاع [1] ٠ هـذا ونرى من الهلاك الذى يترتـب عليه انقضاء حق الانتفاع هـو الهلاك الكلى ٠ وانقضاء الحق فى هذه الحالـة يكـون مطلقا بمعنى أنه لايكـون للمنتفع أى حـق بالنسبة لبقايا الشـيء٠ وهـذا مايكـون فى حالة مااذا كـان الحق واردا على بناء وسقط هـذا البنـاء نظرا لقدمه ٠ اذ لايحـق للمنتفع أن ينتفع لا بالأرض ولا بالبناء ٠ وممـا يتعين الاشارة اليه أنه اذا انقضى حق الانتفاع فان انقضاؤه يكـون مطلقـا لايعود مرة أخرى ٠ فاذا أعيد تجديد البناء الذى انهدم بسبب القدم فلا يعود حـق الانتفاع مرة أخـرى ٠ أمـا فى حالة الهلاك الجزئى فانه لايؤدى الـى انقضاء الحـق ٠ولكنه يظل على مايبقى من الشيء موضوع الحق ٠ هـذا ويجب مراعاة أنه اذا لم يكـن الهلاك راجعـا الى خطأ المالك فلا يجبـر على اعادة الشيء لأصله ٠ ولكنه اذا اعاده رجـع للمنتفع حـق الانتفاع اذا لـم يكـن الهلاك بسببه ٠

رابعا : **عدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة :**

ورد النص على ذلك فى المـادة ٩٩٥ مدنى التى نصت على أن : " ينتهى حق الانتفاع بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة " ٠ ويلاحـظ أن هـذا السبب لايعدو أن يكـون تطبيقا للقواعد العامة فى التقادم المسـقط٠

---

(١) راجع د/ توفيق فرج المرجع السابق ص ٢٥٢٠

التى لايخرج عن نطاقها سـوى حق الملكية • وبالتالى يخضع لحكم النفـى كافة الحقوق العينيه الأخـرى • فحـق الانتفاع عبء فادح على الملكيـة يجردها طوال قيامه من كل قيمة حقيقية • ويتعين عدم بقاء هـذا الحـق الا لمصلحة جدية لمن يتقرر له ذلك [1] وبالتالى فلا حكمه لوجـود هـذا الحق اذا لم يستعمله هـذا الأخير خمس عشرة سنة • وعدم الاستعمال يفترض امتناعا كاملا عن استعمال الشئ وكذلك يشترط أن يكـون هـذا الامتنـاع مستمرا • وهـذه المدة يرد عليها الوقف طبقا للقواعد العامـة •

المبحـث الثانى

الأسباب الأخـرى لانتهـاء حق الانتفاع

تمهـيد :

لقد نظم المشرع الأسباب التشريعية التى ينتهـى بها حق الانتفـاع على النحـو الذى سبف بيانه • ولكـن جموع الفقه المصرى والفرنسـى [2] استقر على أنه يمكن اضافة أسباب أخرى الى هذه الأسباب التشريعية فهـى ليست واردة على سبيل الحصر • وبالتالى حدد الفقة هذه الأسباب فـى:

---

(١) راجع د/ جمال زكى ، المرجع السابق ص ٦٠٦•

(٢) راجع بودرى لاكانترى وشونو ،فقرات ٧٣٨،٧٣٩، ٩٤٠ـ مارتـى ورينو فقرة ٥٨١ ، وفى الفقه المصرى السنهورى فقرة ٣٨٠،د/جمال زكى فقرة ٣٣٥،محمد كامل مرسى فقرة ٢٢١،توفيق فرج ص ٢٥٢•

نزول المنتفع عن حـق الانتفاع ـ سقوط حق الانتفاع باساءة الاستعمال ـ أيلوله ملكية الرقبة للمنتفع أى اجتماع صفة المالك وصاحب حق الانتفاع معا ٠ وسوف نتعرض فيما يلى لهـذه الأسباب تفصيلا على النحـو التالى:

أولا : نـزول المنتفع عـن حـق الانتفاع :

يقصد بنـزول المنتفع عن حق الانتفاع عدول المنتفع عن الانتفـاع [1] فينقضى حـق الانتفاع بنزول صاحبه عنه ٠ ويلاحظ أن هذا النزول قـد يقـع بالارادة المنفردة أو بالاتفاق مع مالك الرقبة ٠ فأمـا عن النزول بـالارادة المنفردة فيكون له وصف التخلى لأنه مجـرد ترك المنتفع لحق انتفاعه ولذلـك يسمى بالنزول المسقط ٠ وان كـان يفيد منه مالك الرقبة باجتمـاع- عناصر الملكية بين يديه ـ فلا يرجع ذلك الى ارادته ٠ بل الى القانون الـذى قضى بزوال العبء الذى يثقل ملكيته نتيجة النزول عنه ٠ ولايخضع هـذا النزول لشكل خاص ٠ بل يجوز أن يكـون ضمنيا ٠ وعندئذ يجب استخلاصـه من ظروف قاطعة فى الدلاله على هذا النزول لأنه لايفترض ٠ ويترتب آثـر النزول دون الحاجة الى قبوله ٠ ولايمكـن بمجرد صدوره الرجوع فيـه وأمـا عـن النزول بالاتفاق بين المنتفع ومالك الرقبة وعندئذ يسمى هـذا النزول بالنزول الناقل [2] لأنه يعتبر أقرب الى أن يكون نقلا لحق الانتفـاع

---

(١) راجع د: توفيق فرج ، المرجع السابق ص ٢٥٦٠

(٢) راجع بودان جـ ٤ فقرة ٤٨٨٠

من كونه انقضاء أو انتهاء له . ويعتبر مالك الرقبة اذن نتيجة لهذا الايقاف خلفا خاصا لصاحب حق الانتفاع الى حين موعد انقضائه . وهذا النزول قد يكون بمقابل أو بغير مقابل . وفى هذه الحالة الأخيرة يعتبر هبة غير مباشرة لاتستلزم فيها الرسمية (١) . " اذا كان حق الانتفاع واردا على عقار يجب فى كل الأحوال تسجيل التصرف أو الحكم الذى يثبت النزول ليترتب عليه أثره (٢) . ولايحتج بهذا النزول على أصحاب الحقوق المقيدة على حق الانتفاع قبل حصوله . بحيث تبقى لهم حقوقهم على عناصره الى نهايته الطبيعية بحلول أجله أو بموت صاحبه .

ثانيا : **اساءة استعمال حق الانتفاع :**

لما كان المشرع المصرى قد فرض على المنتفع خلا فترة انتفاعه التزامات معينه اذا لم يقم بها فانه يعرض حقه لأن ينتزع منه . ويسقط (٣) وفى هذا يقترب الوضع من حالة فسخ العقود التى عدم قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته . وقد جاء نص المادة ٩٨٨ مدنى على أن " للمالك أن يعترض على أى استعمال غير مشروع لايتفق مع طبيعة الشئ. فاذا أثبت أن حقوقه فى خطر جاز له أن يطالب بتقديم تأمينات . فان لم يقدمها المنتفع أو ظل على الرغم من اعتراض المالك يستعمل العين استعمالا غير مشروع

---

(١) راجع د/ جمال زكى ،المرجع السابق الصلح والهبه والعاريه فقرة٥٦.

(٢) راجع نص المادة ٩ من قانون الشهر العقارى .

(٣) راجع د/ توفيق فرج ، المرجع السابق ص ٢٥٨.

أو غير متفق مع طبيعتها . وللقاضى أن ينزع هذه العين من تحت يده وأن يسلمها الى آخر يتولى ادارتها . بل تبعا لخطورة الحال أن يحكم بانتهاء حق الانتفاع دون اخلال بحقوق الغير ". فيتضح من هذا النص أن اسقاط حق الانتفاع استنادا الى اساءة استعماله أو تخريبه أو تركه يتخرب ولايكون هذا الاسقاط الا بحكم قضائى . الا أن الحكم به ليس وجوبيا وانما هو أمر جوازى للقاضى فله حسب خطورة الحال الحكم بالاسقاط لحق الانتفاع . كما يكون له تسليم هذه العين الى شخص آخر من الغير ليتولى ادارتها . والمسألة التى تثير البحث هنا هل يكون للقاضى تسليم هذه العين الى مالك الرقبة ؟. ذهب البعض فى الفقه المصرى (١) الى أنه لامانع من ذلك متى كان على مالك الرقبة أن يدير العين لصالح المنتفع بحيث يؤدى له حسابا عن حقوقه . ولكننا لانميل الى الأخذ بهذا الاتجاه وذلك لصراحة نص المادة ٢/٩٨٨ مدنى " أن يسلمها الى آخر " . فهذا اللفظ آخر ينصرف الى غير مالك الرقبة . والا كان المشرع نص على ذلك صراحة . وايذاء صراحة النص لامورد للاجتهاد . ويجوز للقاضى فى هاتين الحالتين الحكم عليه بالتعويض عن الأضرار التى لحقت بالعين . وقد لايلجأ القاضى الى هاتين الطريقتين ويكتفى بأن يطالب المنتفع بتقديم تأمينات متى اعترض المالك على ذلك الاستعمال غير المشروع أو الذى لايتفق مع طبيعة الشيء . وفى هذه الحالة يتعين أن يثبت المالك أن حقوقه فى خطر . فمتى ثبت ذلك جاز له أن يطالب

---

(١) راجع د/ توفيق فرج ، المرجع السابق ص ٢٥٩.

بتقديم تأمينات • فاذا قدم انتهى الأمر • واذا لم يقدم وتمادى في الاستعمال غير المشروع جاز للقاضي أن يسلمها الى آخر أو يحكم بانتهاء الانتفاع •

ثالثا : آيلولة ملكية الرقبة الى المنتفع :

يقصد بهذه الآيلوله اجتماع صفتي المالك والمنتفع في شخص واحد • وبتعبير أوضح اتحاد الذمة أو ضم الحقين معا• وكان هذا في حالة ما اذا اجتمع للمنتفع حقا المنتفع والمالك • وقد يبدو هذا الاندماج أنه يمكن أن يتم في شخص المالك أو في شخص المنتفع • ولكن بامعان النظر في هذا الاتحاد تقرر أن الاتحاد كسبب لانقضاء الانتفاع يكون غير ذي فائدة أو غير مجد • ذلك أن كل حدث من شأنه أن يجمع الانتفاع الى الملكية يمكن اعتباره سببا مستقلا لانقضاء الانتفاع دون أن نكون بحاجة الى اللجوء الى فكرة الاتحاد كسبب لانقضاء الانتفاع• ففي حالة ما اذا ورث المالك المنتفع فان حق المنتفع لاينقضي بالاتحاد المقصود هنا • وانما ينقضي بموت المنتفع • وفي حالة شراء المالك لحق الانتفاع أو تلقيه حق الانتفاع بالهبه فاننا نكون بصدد نزول عن الحق سواء كان بمقابل أو بدون مقابل • وهذا السبب مستقل للانقضاء غير الاتحاد الذى نذكره هنا • ولذلك فان مايتصور في صدد هو أنه يتم في حالة اكتساب المنتفع لأصل الملكية أو للرقبة اذ أن هذا هو الذى يعتبر سببا خاصا لانقضاء حق الانتفاع (1) ولكي يتحقق اتحاد الذمة

(1) راجع د/ حسن كيرة ، دروس في الملكية لطلبة جامعة بيروت ص٢٨٤•

هنا يلزم أن يجتمع للمنتفع صفة المنتفع وصفة مالك الرقبة بحيث يندمج الحقان معا • واذا ماتوافر ذلك انقضى حق الانتفاع • ولكن هذا الانقضاء ليس نهائيا • فقد يزول السبب الذى اكسب المنتفع ملكية الرقبة وبالتالى أدى الى اندماجها سواء عن طريق بطلان هذا السبب هو الفسخ • واذا تم زوال هذا السبب بأثر رجعى عاد حق الانتفاع الى الوجود (١) • ولايترتب على هذا السبب من أسباب انقضاء الانتفاع • انقضاء الضمانات الخاصة مثل الرهن والتأمين المقررين لصالح دائنى المنتفع • بل تظل تلك الضمانات قائمة رغم الاتحاد أو الاندماج على نحو ماسلف بيانه •

الأثر المترتب على انتهاء حق الانتفاع :

يترتب على انتهاء حق الانتفاع اجتماع عناصر الملكية لمالك الرقبة• ويجب على المنتفع أو ورثته رد الشىء عينا الى هذا الأخير • الا اذا كان الشىء قابلا للاستهلاك• وعندئذ يجب رد مثله أو قيمته (٢) على أن الأصل هو وجوب رد عين الشىء• ولايجوز رد مثله الا اذا قدرت هذه القيمة وقت بدء الانتفاع واتفق على جواز رد قيمته • ويعتبر المنتفع فيما يقيمه من مبانى أو غراس أو أية منشآت أخرى حسن النيه اذا حصل على ترخيص المالك بها • وسىء النية اذا لم يحصل على ترخيص المالك باقامتها •

---

(١) راجع د/ توفيق فرج ، المرجع السابق ص ٢٥٩•

(٢) راجع د/ السنهورى ج ٩ فقرة ٥٤١•

الفصل الرابع

حق الاستعمال وحق السكنى

النص التشريعي :

عالج المشرع حق الاستعمال وحق السكنى في المواد من : ٩٩٦ حتى ٩٩٨ مدنى • فعالج نطاق الحقين فى المادة ٩٩٦ مدنى وقرر في المادة ٩٩٧ مدنى عدم جواز النزول عن أى منهما للغير الا بناء على شرط صريح أو مبرر قوى • وفيما عدا ذلك أوجب تطبيق أحكام حق الانتفاع في الحدود التى لاتتعارض مع طبيعة هذين الحقين • وسوف نعرض فيما يلي لماهية وطبيعة حق الاستعمال وحق السكنى • ثم لنطاق كل منهما • ثم الأحكام التى يخضعان لها •

أولا : ماهية حق الاستعمال وحق السكنى وطبيعتها :

١ - حق الاستعمال :

هو حق عينى يتفق فى طبيعته مع حق الانتفاع • وان كان يختلف عنه فى سعته عنه • فبينما يتضمن حق الانتفاع سلطة الاستعمال والاستغلال أو الحصول على الثمار • يقتصر حق الاستعمال على سلطة الاستعمال وحدها • بل وتتحدد سلطته فيه

بمقدار مايحتاج اليه صاحب الحق هـو وأسرته لخاصة أنفسهم • وذلك دون اخـلال بما يقرره السند المنشئ للحق من آحكام التى تفيـد فى بعض وجوه الاستعمال دون غيرها •

٢ ـ **حـق السـكنى :**

فهـو حق الاستعمال مطبقا على المنازل [(١)] ويخول لصاحبـه استعمال الدار التىيتضرر حقه عليها عن طريق السكنى • وعلـى ذلك يعتبر حق الانتفاع هـو أهم الحقوق الثلاثة : فاذا تخصـص للاستعمال دون الاستغلال كـان حق استعمال • واذا تخصـص الاستعمال للسكنى دون غيرها من ضروب الاستعمال كـان هـذا هـو حق السكنى (٢) ويتميز حـق الاستعمال وحق السـكنى عـن حق الانتفاع فى أنهمـا لايجـوز النزول عنهما الا بناء على شرط صريح أو مبرر قوى • وقد سبق أن ذكـرنا أنهما مصغرى حق الانتفاع

وهذان الحقان يعتبران من الحقوق المتعلقة لصاحبها أى ذات طابـع شخصى [(٣)] بمعنى أنهما من الحقوق التى تتصل بمن تقررت لـه• وتبعا لذلك ترتبط بمدة حياته • ومن آجل ذلك نصت المادة ٩٧٧ مدنى

---

(١) راجع نقض مدنى فرنسى ١٥/٢/١٩٢٦ دالوز الدورى ١٩٢٧ ـ١ـ ٨ : " الحق فى استعمال فرن لانتاج خبز للاستهلاك العائلى يدخل فى طائفة الحقوق العينيه العقارية " •

(٢) راجع الأعمال التحضيرية جـ٦ ص٥٥٨ "حق السكنى انما هو تخصيص لحق الاستعمال اذ هـو استعمال بطريق السكنى•

(٣) راجع د/ توفيق فرج ، المرجع السابق ص ٢٦١ فقرة ٢٠٢•

" لايجوز النزول للغير عن حق الاستعمال أو عن حق السكنى الا بناء على شرط صريح أو مبرر قوى " فلابد أن يكون هناك شرط صريح فى هذا التنازل وفى حالة عدم وجوده فلا يكون لصاحب الحق النزول عنه الا لمبرر قوى لذلك . ولذلك فالأصل هو عدم جواز الحجز على هذا الحق . ويترتب على ذلك أنه ليس لصاحب الحق أن يرهنه . كما لايجوز تأجيره .

ثانيا : **نطاق حق الاستعمال وحق السكنى :**

نصت على هذا النطاق المادة ٩٩٦ مدنى التى جاء نصها " نطاق حق الاستعمال وحق السكنى يتحدد بمقدار مايحتاج اليه صاحب الحق هو وأسرته لخاصة أنفسهم . وذلك دون الاخلال بما يقرره السند المنشىء للحق من أحكام " .

يتضح من هذا النص أن المشرع وضع طريقين لتحديد نطاق كل من هذين الحقين . الطريق الأول : السند المنشىء للحق . الطريق الثانى : تحديد القانون . فأما عن الطريق الأول : فقد يرد فى السند المنشىء للحق كالوصية مثلا تحديد لمدى مايتقرر لصاحب الحق من سلطات وحدود تلك السلطات . وأما عن الطريق الثانى : فان القانون يحدد نطاق كل من الحقين " بمقدار مايحتاج اليه صاحب الحق هو وأسرته لخاصة أنفسهم " .

وعلى هذا يتحدد نطاق مايخوله الحق بمقدار مايحتاج اليه صاحب الحق نفسه من استعمال أو من سكنى . فاذا تعلق الأمر باستعمال حديقة أو أرض اقتصر الأمر على نطاق حاجة من تقرر له الحق هو وأسرته بأن يأخذ منها مايكفى حاجته وحاجة أسرته . من تقرر له استعمال ثمار عقار لايكون له أن يأخذ الا مايسد حاجته هو وحاجة أسرته [١] وتتصرف الأسرة هنا الى مايقرره القانون بصدد من يعدون من الأسرة وهم ذوى القربى . ويضاف الى ذلك أيضا الزوج . وسواء كان أفراد الأسرة قد وجدوا عند تقدير الحق أم وجدوا بعد ذلك .بالنسبة لحق السكنى فانه لايخول من تقرر له الا السكنى فقط أى استعمال منزل أو جزء منه . سواء كان ذلك لسكناه الشخصية أو له ولأسرته [٢].

ثالثا : الأحكام التى يخضع لها حق الاستعمال وحق السكنى :

قرر المشرع بصراحة فى نص المادة ٩٩٨ مدنى سريان أحكام حق الانتفاع على حق الاستعمال وحق السكنى متى كانت لاتتعارض مع

---

(١) راجع المادة ٦٣٠ مدنى فرنسى بالنسبة للأولاد الذين يرزق بهم الشخص بعد تقرير الحق .

(٢) يتفق هذا مع مانصت عليه المادة ٢٦ من مرشد الحيران" أنه يجوز للرجال االمستحقين أن يسكنوا زوجاتهم معهم . والنساء المستحقات أن يسكنى أزواجهن معهن . وهذا مالم تسكن ===

طبيعة هذين الحقين . فيما عدا ماورد فى نص المادتين ٩٩٦ ، ٩٩٧ مدنى والخاصتين بتحديد نطاق كل منهما وعدم جواز النزول عن آى منها للغير الا بشرط صريح أو لمبرر قوى لذلك . ومن ثم تسرى كافة القواعد والأحكام الخاصة بحق الانتفاع من حيث تقرير الحق ومايتولد عنه من التزامات على عاتق من تقرر له الحق . وحقوقها قبل المالك وانقضائه .

=======

==== الدار صغيرة لاتوجد فيها أماكن للسكنى . ومن هذا نتبين أن الحق فى مفهوم الفقة الاسلامى لايقف لدى من تقرر لـه بل يمتد الى آسرته والى زوجه " .

الباب الثانــى

حـــق الارتفـــاق

تمهـــيد :

عالج المشرع حق الارتفاق فى الفصل الثالث من الباب الثانى مـــن الكتاب الثالث من نصوص القانون المدنى وذلك فى المــواد من ١١٠٥ حتـــى ١١٢٩ مدنى ٠ ويعتبر حــق الارتفاق قيد خاص على ملكية معينه ٠ ومـــن أجــل ذلك نظمـه المشرع بما يتوائم مع طبيعة هـــذا القيد ٠ من حيـــث ماهيته وعناصره وخصائصه ٠ وكذلك أوضح مصادر هـــذا القيد وصوره٠ وبالمثـــل كيفية استعمال هـــذا الحق ٠ وأخـــيرا تنـــاول انقضـــاء حـــق الارتفـــاق ولما كانت هـــذه الأحكـــام العامـــة تحتاج الى تفضيل فاننا نتناولهـــا بشـــئ مـــن الايضـــاح لتكـــون خطـــة البحث فى هـــذا الباب منقسمة الى أربعـــة فصـــول ٠ الفصل الأول : يتناول ماهية حـــق الارتفاق وعناصـــره وخصائصه ٠ والفصـــل الثانى : مصادر حـــق الارتفاق وصوره ٠ والفصـــل الثالث : استعمال حـــق الارتفاق ٠ والفصل الرابع : انقضاء حـــق الارتفـــاق ٠

الفصـــل الأول

ماهيتـه وعناصـره وخصائصـــه

١ - ماهيه حـق الارتفاق وعناصره :

عرفت الماده ١١٠٥ مدنى حـق الارتفاق بأنه " حق يحـد مـن منفعة عقار لفائدة عقار غيره يملكه شخص أخـر "٠ أى أن الارتفـاق تكليف يفرض على عقار لمنفعة عقار مملوك لشخص آخـر ٠ وقـد يكـون هـذا التكليف بتخويل شخص آخـر حق مباشرة بعـض الأعمـال فى العقـار المفروض عليه التكليف ٠ واما بحرمان صاحـب ذلك العقار مـن استعمال بعض حقوقه ٠٠ وطبقا لهذا التعريـف فان حـق الارتفاق يتحدد فقط بالعقارات ٠ ويفترض عقارين متميزيـن يملكهـا شخصان مختلفان من ناحية أخرى ٠ ولكن التعريف السابـق ينقصه بيان طبيعة هـذا الحـق (١).

والارتفاق حـق عينى عقارى لايـرد الا على العقارات ولايتقـرر الا لفائدتها ٠ واذا شئنا الدقة فى التعبير فان الارتفاق يتحدد فـى الآراضى الفضـاء والأبنيه ٠ فهـى وحـدها التى يرد عليها الارتفـاق

---

(١) راجع د/ جمال زكى ٠،المرجع السابق ص٦٣٠"ويطلق على حـق الارتفاق أحيانا الارتفاق العينى تميزا له عن حقوق الانتفاع والاستعمال والسكنى التى يطلق عليها الارتفاقات الشخصية ٠

أو يتضرر لفائدتها . وبالتالي يخرج عن هذا النطاق الأشجار. ولو أنها عقار بالطبيعة لأنها ليس لها صفة الدوام . وكذلك العقارات بالتخصيص. والعقارات المعنوية أو الحقوق العقارية كالرهن الرسمي . لأن موضوع الارتفاق أعمال مادية لايمكن أن ترد الا على الأشياء التى لها ذات الطبيعة . ومن ثم لايمكن أن يقع الارتفاق على ارتفاق آخر . ويفترض حق الارتفاق وجود عقارين فيخد من منفعة أحدهما ويسمى العقار المرتفق به أو العقار الخادم لفائدة الآخر ويسمى بالعقار المرتفق أو العقار المخدوم . ويعتبر بالنسبة للأول عبئا يتحمله وبالنسبة للثانى ميزة يخولها لمالكه ويقوم على صلة بين العقارين . لأنه عبء يرد على أحد العقارين . لاقيد على ارادة مالكه وميزه للعقار الآخر لافائده لمصلحة مالكه . واذا كانت الروابط القانونية لاتقوم الا بين الأشخاص لأنهم وحدهم الذين يتمتعون بالحقوق ويتحملون الالتزامات . ويقصد الفقه بذلك التعبير [1] أن العبء أو الفائدة التى يمثلها الارتفاق حسب الأحوال للعقار الخادم أو العقار المخدوم لصيقة بهذا العقار أو ذاك وغير مرتبطة بشخص مالكه - ويتحملها أو يفيد منها كل مالك له . فالارتفاق من ناحية عبء يرد على العقار المرتفق الا على شخص مالكه . وينتقل من ثم مع هذا العقار بالضرورة الى من تنتقل اليه ملكيته . ولايمكن أن يترتب على الارتفاق التزامات ايجابية على عاتق مالكه توجب عليه تأدية أعمال معينه . وان كان عليه أن يتحمل عبء

---

(١) راجع د/ جمال زكى ، المرجع السابق ص ٦٢١.

الارتفاق [١]. الذى ينقص سلطانه على العقار بمنعه من أعمال معينه كالبناء على أرضه . أو ترك غيره يقوم بأعمال معينه كالمرور فيه ليكون موقفه فى الحالتين سلبيا ولايفرض عليه فى أى حال التزاما ايجابيا . وعلى ذلك لايمكن عن طريق الارتفاق أن يفرض على مشترى العقار اقامة بناء عليه فى ميعاد معين . أو على صاحب المحل التجارى الشراء من تاجر معين . وان كان يمكن أن يكون هنا القيد أو ذاك محلا لالتزام [٢] والارتفاق من ناحية أخرى ميزة لفائدة العقار المرتفق . ولاتتقرر لشخص مالكه. فهو يمثل اقتصاديا زيادة فى قيمته يفيد منها كل مالك . وينتقل تبعا لهذا الى من تنتقل اليه ملكيته . وان كانت الحقوق لاتتقرر الا للأشخاص . فان القول بأن الارتفاق يتقرر لفائدة عقار لا لشخص مالكه معناه أنه مرتبط بملكية العقار لاينفك عنها من ناحية . ولايستعمله سوى مالكه باعتباره مالكا له فى الانتفاع به من ناحية أخرى ويجب أن يكون العقارات الخادم والمخدوم مملوكين لشخصين . اذ لايمكن أن يكون لشخص ارتفاق على عقار يملكه . انما ليس هناك مانع لمالك العقارين أن يخصص أحدهما لخدمة الآخر على نحو ينشىء فى المستقبل ارتفاقا لأحدهما على الآخر عندما لايعود أحدهما ملكا له . ولكن لاينشىء ارتفاقا طالما ظلا مملوكين لشخص واحد .

---

(١) راجع دى باج فقرة ٤٩٦.

(٢) راجع دى باج فقرة ٤٩٨.

التفرقة بين الارتفاقات والتكاليف العينيه :

ذهب الفقه الى التفرقة بين الارتفاقات على النحو الذى سبق التعرض له والتكاليف العينيه أى الأعباء التى يقصد بها القيود التى ترد على الملكية لسطات المالك لا لفائدة عقار معين بل لفائدة المجموع فى منطقة معينه أو حى معين [١] ومثل ذلك : القيود المتعلقة بالشكل الهندسى أو بارتفاع الأبنيه أو بالمساحة التى تقام عليها فى الحى • فالصلة بين العقارين التى يجب توافرها لقيام الارتفاق لاوجود لها فى الأعباء أو التكاليف العينيه • غير أن هذه التفرقة لم تلق قبولا لدى الفقيه الفرنسى بلو وذلك لأن المالك الذى يتحمل قيود البناء فى رقعة معينه يقيد من ذات القيود التى تفرض على الملاك الآخرين فى ذات الرقعة " • بحيث يكون كل بناء عقارا خادما • وفى نفس الوقت عقارا مخدوما • وتوجد من ثم الصلة بين العقارات التى يتعين وجودها لقيام الاتفاق •

على أن الخلاف فى الفقة المصرى [٢] وكذلك القضاء حول تكييف قيود البناء الاتفاقية التى تفرضها الحكومة أو شركات بيع الأراضى على المشترين التى تبيعها لهم للبناء عليها • قاصدة منها انشاء أحياء سكنيه على مستوى معين • وهذه القيود تتضمن عادة اقامة مبانى على شكل فيلات أو تخصص

---

(١) راجع مازو ، المرجع السابق فقرة ١٣٩ •

(٢) راجع د/ محمد كامل مرسى جـ٢ ص ٧٣١ ، واستئناف مختلط ١٩٢٦/٤/١ مجلة التشريع والقضاء ص ٣١٩ •

لسكنى العائلات فقط ، مع عدم التجاوز عن أدوار معينه ، أو عدم البناء الا على جزء معين من الأرض ، فهل هذه القيود مجرد التزامات شخصية لايستطيع المطالبة بتنفيذها سوى البائع ولايلتزم بها الخلف الخاص للمشترى الا اذا قبلها صراحة أو ضمنا ، أم هى ارتفاقات حقيقية يستطيع كل مشترى أن يطالب المشترين الآخرين باحترامها ،وينصرف أثرها فى كل الأحوال الى الخلف الخاص ولو لم يكن عالما بها (قت انتقال ملكية الأرض اليه؟،

تنازع الاجابة على هذا التساؤل فى الفقة والقضاء اتجاهين ذهب أنصار الاتجاه الأول (١) الى أن هذه القيود مجرد التزامات نشأت بموجب عقد البيع فى ذمة المشترى لمصلحة البائع وحده محل هذه الالتزامات الامتناع عن عمل ولايلتزم بها من ثم غير المشترى ، بينما ذهب أنصار الاتجاه الثانى (٢) الى أن هذه القيود تعتبر حقوق عينيه متبادلة بين جميع القطع المبيعة بعضها على بعض ، وتتبع العقار الى كل مشتر له، وبالترتيب على ذلك لايجوز لأى مشتر أن يخالف هذه القيود ، كما لايجوز للبائع أن يتفق مع بعض المشترين على مايخالفها ، وقد أيدت محكمة النقض المصرية هذا الاتجاه الأخير (٣) فقضت " أن هذه القيود تكاليف عقارية ارتفاقية تصبح بموجبها كل قطعة مرتفقا بها لفائدة مجموع القطع تحقيقا للغرض المنشود وهو تشييد دور ذات نظام خاص تتوافر فيه أسباب الراحة

---

(١) راجع استئناف مصر ١٩٣٢/٥/٢٤ مجلة المحاماه السنة ١٣ ص ٤١١
(٢) راجع استئناف مصر ١٩٢٨/٥/٨ مجلة المحاماه السنة ٨ص ٤٩٧-
(٣) راجع نقض مدنى ١٩٣٣/٢/٩ مجلة المحاماه السنة ١٣ص ٩٨٧،

والهدوء ويتكون منها حى ممتاز يطيب المقام فيه " . وقد ذهب أستاذنا الدكتور السنهورى [١] الى القول بأن المشرع المصرى قنن فى المادة ١٠١٨/١ مدنى اعتبر هذه القيود حقوق ارتفاق ترد على كل عقار لفائدة العقارات الأخرى مالم يكن هناك اتفاق يقضى بغيره . ويستطيع كل مشتر أن يطالب بتنفيذها المشتريين الآخرين وخلفائهم من بعدهم . ولايجوز للبائع اعفاء بعض المشترين منها لأن كل قطعة أصبحت بين مجموع القطع عقارا مرتفقا به . فلا يجوز النزول عن القيود المفروضة عليها الا برضاء جميع الملاك . وكل مخالفة لهذه القيود تجوز المطالبة باصلاحها عينا . وان كان يجوز الاقتضاء على الحكم بالتعويض اذا رأى القاضى مايبرر ذلك [٢] وفى هذا اشارة الى المادة ٢/٢٠٣ مدنى التى تقضى " بأنه فى نطاق الحقوق الشخصية يجوز الاقتصار على التعويض النقدى اذا كان فى التنفيذ العينى ارهاق للمدين وكان العدول عنه لايلحق ضررا جسيما بالدائن [٣] .

خصائص حق الارتفاق :

يتضح مما سبق أن حق الارتفاق يتميز بخصائص معينه عن غيرها من بقية الحقوق المتفرعة عن حق الملكية لابد لنا من عرض هذه الخصائص على النحو التالى :

---

(١) راجع د/ السنهورى الوسيط جـ٩ فقرة ٥٧٥ ص ١٣٣٠-١٣٣١.

(٢) راجع نقض مدنى ٢٥/٢/١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض السنة ١١ ص ١٨٤.

(٣) راجع الأعمال التحضيرية جـ ٦ ص ٦٣١.

١ ـ **حق عيني تابع :**

يعتبر الارتفاق حق عيني آصلي يخوله كل مزايا الحق العيني بحيث يكون لمن تقرر الحق لصالح عقاره أن يباشر الحق ويستفيد منه دون وساطة أحد ودون حاجة الى تدخل من مالك العقار الذى تقرر عليه الارتفاق • كما أنه حق يمكن الاحتجاج به قبل الكافة وبالنسبة لمن يكتسب ملكية العقار المرتفق ودائنيهم • كما يخول حق التتبع فى أى يد كان العقار الخادم وحق الأفضلية • ولايغير من كون هذا الحق حقا عينيا آصليا ماقد يلتزم به مالك العقار الذى تقرر الارتفاق من التزامات تتعلق باستعمال الارتفاق طالما أن الحق اذا ماتقرر لايحتاج لاستعماله الى وساطة شخص آخر (١) • وهذا الحق كما سبق القول لايرد الا على العقارات بحسب طبيعتها سواء كانت مبنية أم غير مبنية • ولذلك فهو حق عقارى يلتزم أن يكون مسجلا • وهو يرد على العقارات حتى ولو كانت مملوكة ملكية عامة (٢) • وحق الارتفاق تابع أى ملحق للعقار المرتفق ولايمكن فصله عنه • اذ لايتصور وجوده دونه باعتباره امتدادا له على عقار آخر • ولايمكن من ثم التصرف فيه بالبيع أو بالرهن

---

(١) راجع د/ توفيق فرج ، المرجع السابق ص ٢٩٠•

(٢) راجع نص المادة ١٠١٥مدني" يجوز أن يترتب الارتفاق على مال عام ان كان لايتعارض مع الاستعمال الذى خصص له هذا المال "•

أو بغيره ٠ ولا الحجز عليه مستقلا عنه ٠ ولكنه ينتقل حتمـا مع العقار المرتفق ويشمله التصرف فيه ٠ وللارتفاق ذات الوصـف على العقار المرتفق به فهو عبء ينقص من سلطات الملكية عليـه ويتبعه حتما فى انتقاله من مالك الى آخر ليتحمله كل مالك له٠

٢ ـ **حـق دائم :**

يتصف حـق الارتفاق بالدوام الذى تتصف به الملكية ٠ الذى يعتبر حقا ملحقا بها أو عبئا عليها ويختلف بهـذا عن جميـع الحقـوق العينيه التى تتفرع عن الملكية (١) على أن هـذا الـدوام وان كـان من طبيعـة حـق الارتفاق ٠ فانـه ليس مـن مستلزماته ٠ ويجـوز من ثم الاتفاق على استبعاده ٠ بتأقيـت الارتفاق بمـدة محـددة ٠ انمـا لايجـوز لصاحب العقار المرتفـق به فى مقابل تقدمه ماليه التخلص منه دون رضاء مالك العقـار المرتفق ٠

٣ ـ **عـدم قابلية الارتفاق للتجـزئه :**

الارتفاق باعتباره حقا أو عبئا غير قابل للتجزئه ٠ وعدم القابليـة للتجزئه له معنى مزدوج (٢) فمـن ناحية يرد الارتفاق على العقـار

---

(١) راجع د/ توفيق فرج عكس ذلك " يرى أن كافة الحقوق المتفرعة عـن الملكية تنقسم بطابع التأقيت "٠ ص ٢٩١ فقرة ٢٣٤٠

(٢) راجع د/ جمـال زكى المرجع السابق ص ٦٢٤٠

المرتفق به كله • ولفائدة العقار المرتفق كله • ولايمكن أن يتضرر أو ينقضي بصفة جزئية [1] • ويقتضي من ثم ترتيبه على عقار شائع رضاء جميع الشركاء ولايمكن انهاؤه اذا كان مرتبا لفائدة عقار شائع الا برضاء جميع الشركاء • اذ لايستطيع أحد منهم أن يكسب ارتفاقا لفائدة حصته الشائعة وحدها • أو يرتب ارتفاقا على هذه الحصة الشائعة وحدها • ومن ناحية أخرى اذا جزىء العقار المرتفق بالتصرف بيعا أو هبة أو وصية في جزء أو أجزاء فيه أو بقسمته بين ملاكه على الشيوع أو بتعدد مالكيه عن طريق الميراث بقي الارتفاق مستحقا لكل جزء منه أو لجميع الملاك • على ألا يزيد ذلك في العبء الواقع على العقار المرتفق به [2] فيستعمل الاتفاق بالمرور مثلا ذات الطريق • ولايؤخذ في الارتفاق بالشرب قدر من المياه يزيد على ماكان يؤخذ منها قبل التجزئه • ولكن اذا كان حق الارتفاق لايفيد في الواقع الا جزءا من هذه الأجزاء • فلمالك العقار المرتفق به أن يطلب زوال هذا الحق عن الأجزاء الأخرى [3] كأن أقام مالك أحد الأجزاء مصنعا عليه ولم يعد من ثم في حاجة الى المياه لريه . فيجوز لمالك العقار الذى عليه ارتفاق بالشرب أن يطلب زواله بالنسبه لهذا الجزء [4] • واذا جزىء العقار المرتفق به بقى

---

(١) راجع د/ محمد كامل مرسى جـ٢ فقرة ٣٦١ •
(٢) أنظر بودان جـ ٤ فقرة ٦٠٩•
(٣) راجع المادة ٢/١٠٢٤ مدنى •
(٤) راجع د/ السنهورى الوسيط جـ٩ فقرة ٦٠٣•

الارتفاق واقعا على كل جزء منه بالحالة التى كان عليها قبل تجزئته . فاذا كان الارتفاق بطبيعته يستعمل على كل العقار كعدم البناء أو عدم الارتفاع بالبناء عن علو معين . لايترتب على تجزئة العقار المرتفق به آى تغيير فيه . ويظل قائما على كل جزء منه . أما اذا كان الارتفاق بطبيعته يستعمل فى موضع معين من العقار المرتفق به كالمرور من طريق محدد . أو الشرب من مسقاه معينه . ترتب على تجزئة العقار المرتفق به زوال الارتفاق بالنسبه للأجزاء التى لايقع فيها ذلك الطريق أو هذه المسقاة. اذا كان حق الارتفاق لايستعمل فى الواقع على بعض هذه الآجزاء ولايمكن أن يستعمل عليها فلمالك كل جزء منها أن يطلب زوال هذا الحق عن الجزء الذى يملكه . على أن عدم التجزئة لايؤدى الى امتداد الارتفاق لفائدة عقار آخر . أو على عقار آخر . ألحقه مالكه بالعقار المرتفق أو بالعقار المرتفق به.

====

الفصل الثانى

مصادر حق الارتفاق وصوره

تمهيد :

تناول المشرع تحديدا كيفية انشاء حق الارتفاق ببيان المصادر التى ينشأ منها هذا الحق فى المادتين ١٠١٦ ، ١٠١٧ مدنى ٠ فجاء نص المادة ١٠١٦ مدنى " حق الارتفاق يكسب بعمل قانونى أو بالميراث ولايكسب بالتقادم الا الارتفاقات الظاهرة بما فيها حق المرور "٠ كما نصت المادة ١٠١٧ مدنى " يجوز فى الارتفاقات الظاهرة أن ترتب أيضا بتخصيص المالك الأصلى " ٠ وبامعان النظر فى هذه النصوص وعلى مايبدو من ظاهرها أن المشرع حدد طرق أربعة لانشاء حق الارتفاق هى : العمل القانونى ـ الميراث ـ التقادم ـ تخصيص المالك الأصلى ٠ ولكن بالفحص الدقيق والتحليل القانونى لايعتبر الميراث سببا لانشاء حق الارتفاق ٠ وانما يعتبر طريقا لانتقاله مع العقار المرتفق أو لكسبه انتقالا وفقا لتعبير أستاذنا الدكتور السنهورى (١) ٠ ومن ثم فان مصادر حق الارتفاق تنحصر فى ثلاثة طرق هى : العمل القانونى ـ التقادم ـ تخصيص المالك الأصلى وأما عن صور حق الارتفاق ٠أو تقسيمات حق الارتفاق فقد جرى الفقه

---

(١) راجع د/ السنهورى الوسيط جـ ٩ فقرة ٥٦١٠

على تقسيمها الى : ارتفاقات مستمرة وغير مستمرة - وارتفاقات ظاهرة وغير ظاهرة - وارتفاقات ايجابية وسلبية .. ومن هنا سوف تكون الخطة البحثية فى هذا الفصل منقسمة الى مبحثين . يتناول الأول : مصادر حق الارتفاق . ويتناول الثانى : صور حق الارتفاق أى تقسيماته على النحو التالى :

المبحث الأول

مصادر حق الارتفاق

النص التشريعى :

عالج المشرع مصادر حق الارتفاق فى المادتين ١٠١٦ ، ١٠١٧ مدنى . وقد جاء نص المادة الأولى وحق الارتفاق يكسب بعمل قانونى أو بالميراث . ولايكسب بالتقادم الا الارتفاقات الظاهرة بما فيها حق المرور " كما نصت المادة الثانية " ويجوز فى الارتفاقات الظاهرة أن ترتب أيضا بتخصيص من المالك الأصلى " .

وسبق أن أسلفنا فى التمهيد السابق أن مصادر حق الارتفاق تقتصر على ثلاثة هى : العمل القانونى - التقادم - تخصيص المالك الأصلى . (قد تم استبعاد الميراث لعدم كونه سببا لانشاء حق الارتفاق. وانما يعتبر طريقا لانتقاله مع العقار المرتفق - ولاداعى للتكرار . ومن ثم سوف نعرض فيما يلى لهذه المصادر على النحو التالى :

أولا : **العمل أو التصرف القانونى :**

قد يكون لمالك العقار مصلحة فى أن يقوم على عقار جاره بأعمال معينه ذات فائدة له فى استغلاله لعقاره . كالمرور فى أرض جاره أو اقامة بناء مرتفع على الأرض المجاورة له فيجوز أن يتقرر الارتفاق بينهما . والعمل القانونى الذى يتقرر الارتفاق بموجبه قد يكون عقد معاوضة أو تبرع . وقد يكون تصرف انفرادى مثل الوصية (١) ويعتبر انشاء الارتفاق على العقار المرتفق به عمل من أعمال التصرف . وبالتالى يتطلب توافر الأهلية اللازمة لذلك . وللارادة سلطان مطلق فى هذا الصدد . فيجوز للأفراد أن يحدثوا ماشاءوا من الارتفاقات لصالح العقارات أو عليها وذلك طالما كان ذلك لمنفعة العقارات ذاتها وليس لمنفعة الأشخاص وعلى العقارات ذاتها وليس على الأشخاص (٢) . ولايرد على سلطان الارادة قيدا الا النظام العام . ويحدد السند المنشىء لحق الارتفاق استعمال هذا الحق ونطاقه . فاذا لم يوجد سند فان القواعد التى أوردها القانون فى شأن حقوق الارتفاق تكون واجبة التطبيق . ولما كانت الارتفاقات لاتتقرر الا على العقارات لتحد من منفعتها لمصلحة عقارات أخرى فلابد اذن من تسجيلها . واذا لم تسجل الارتفاقات المنشئة لها . فانها لاتنشأ ولاتنتج أثرها سواء فى العلاقة بين المتعاقدين أو فى مواجهة الغير طبقا للمادة٩

---

(١) راجع بلانيول وريبير ج ٣ فقرة ٥٩٠.

(٢) راجع د/ توفيق فرج ، المرجع السابق ص ٢٩٩.

من قانون الشهر العقاري • هـذا ويجب لصحة السند المنشيء لحق الارتفاق أن تتوافر له كافة الشروط اللازمة الموضوعية لصحته • فاذا كان التصرف معاوضة فان الأحكام الخاصة بالمعاوضة هي التي تسرى واذ كان التصرف تبرعا تسرى عليه الأحكام الخاصة بالتبرعات وخصوصا قواعد الأهلية كما سبق أن أسلفنا • ويجوز لشخص أن يرتب حق ارتفاق ولو لم يملكه بعد • ويعلق الحق عندئذ على شرط واقف هو أن يتملك هذا العقار • ومن يترتب له حق الارتفاق يجب أن يكون مالكا للعقار المرتفق (١)

دور الارادة الفردية فى انشاء حق الارتفاق :

ليس للارادة الفردية دور مطلق فى انشاء هذا الحق • بل تتقيد فى انشائه بتكييفه القانوني • ولايمكن على وجه الخصوص أن يترتب الارتفاق على عمل قانوني الا اذا تقرر على عقار ولم يفرض على شخص • ولفائدة عقار آخر • ولم يتقرر لفائدة شخص • وقد ورد فى المادة ١/٦٨٦ مدنى فرنسى هذا القيد المزدوج على سلطان الارادة الفردية فى انشاء حق الارتفاق • فلا يمكن أن يفرض العبء على شخص أو لفائدة شخص بل فقط على عقار ولفائدة عقار • ويبدو القيد على وضع عبارته غير مفهوم (٢) • اذ لاتوجد حقوق أو التزامات بين العقارات • بل هى لاتقوم الا بين الأشخاص • فالعبء دائما يفيد شخص ويفرض دائما على غيره

---

(١) راجع د/ محمد على عمران المرجع السابق ص٣٧٣ هامش ١•

(٢) راجع د/جمال زكى ،المرجع السابق ص ٦٤٤ فقرة ٣٦٢•

وذهب أستاذنا الجليل الدكتور جمال زكى الى القول بأن هذا القيد تحور معناه . وانحصر فى تأكيد التفرقة بين الارتفاق باعتباره حقا عينيا يرد على عقار . والالتزام الذى يعتبر رابطة قانونية بين طرفيه . فالارتفاق من ناحية عبء على عقار لا على شخص مالكه . ولايمكن من ثم أن يلزمه بتقدمه أو أعمال معينه مثل حدث أرض الجار أو تطهير الآبار [(١)] ذلك أن الارتفاق حق عينى متفرع عن الملكية ومحله من ثم بعض المزايا التى تتفرع عنها يخولها لصاحبه على العقار المرتفق به . الذى لايكون على مالكه سوى تركه يفيد من المزايا التى يوفرها له حقه . واذا كان الاتفاق باعتباره حقا ينتهى الى فرض قاعدة سلوكية بين الأشخاص فانه لايمكن أن يفرض بمقتضاها على مالك العقار المرتفق به سلوك ايجابى . ولكن يوجب عليه فقط وفقا لها سلوك سلبى اما بالامتناع عن استعمال معين لعقاره . كما فى الارتفاق بعدم البناء . واما يترك مالك العقار المرتفق يستعمل على وجه ما عقاره مثل الارتفاق بالمرور . والارتفاق من ناحية أخرى لايتقرر لمصلحة شخص بل لفائدة عقار يكتفى البعض فى ايضاح هذه القاعدة بترديد عبارتها [(٢)] مؤكدين أن الارتفاق يجب أن يفيد العقار المرتفق ذاته لأشخاص مالكه فحسب . ولم يلحظوا أن الحقوق كلها لايديد منها سوى الأشخاص ولايمكن أن تفيد منها الأشياء . وتبدوا المقابلة بين الفائدة التى تتقرر لشخص وتلك التى تترتب لشىء غير مفهومة [(٣)].

---

(١) أنظر بودان ج ٤ فقرة ٥٨٠.

(٢) أنظر بودرى لاكانترى وسوفو فقرة ١٠٧٤.

(٣) راجع د/ جمال زكى المرجع السابق ص ٦٤٧ فقرة ٣٦٢.

ثانيا : التقـــــادم :

لقد ورد النص على ذلك فى المـادة ٢/١٠١٦ مدنى " لايكسـب بالتقادم الا الارتفاقات الظاهرة بما فيهـا حـق المـرور "٠

يتضح من هــذا النص أن المشرع المصرى قصر كسب حق الارتفـاق بالتقادم على الارتفاقات الظاهرة بما فيها حـق المرور ٠ وبالتالى لايكسب ألارتفاق غير الظاهــر بالتقادم ولو كـان يقبل الحيازة بطبيعته ٠ كحـق المـــرور الذى ليست له معالم ظاهرة وكانت حيازته ظاهرة - وقيل فى تعليل هـــذا الحكـم أن حـــق الارتفاق حـــتى يجـوز كسبه بالتقادم يحســـــن أن يكـون من الظهـور ٠ بحيث تكون له معالم ظاهرة ٠ فلا يكفـــــى الظهـور بمعناه العـام فى الحيازة فحـق الارتفاق يقتضى لما فيه من دقـــة ولما قـــد ينطوى عليه مــن خفاا ظهـورا أوضح [1] ٠ وعلى ذلك لايكســـب بالتقادم مهمـا طالت المـدة الارتفاق بعدم البناء أو بعدم الارتفاع علو معين ٠ أو بالمرور أو بالشرب اذا لم يدل على هــذا الارتفاق أو ذاك علامات ظاهـــرة لأن كـل هــذه الارتفاقات غير ظاهرة ٠ ويجوز على النقيض أن يكسب بالتقادم الارتفاق بالمطل لأنه ظاهر ومسـتمر ٠ والارتفـاق بالمرور اذا كـان لــــه علامات ظاهرة لأنه حالئذ ظاهر وان كـان غير مستمر ٠ ويخضع التقادم الذى يكسب الارتفاق للقواعد العامة ٠ فيجب أن تتوافـر الحيازة بعنصريها المـادى والمعنوى ٠ وأن تكـون خاليه من العيوب التى تشوبها ٠ ويجـب علـــــى

---

(١) راجع د/ السنهورى الوسيط ج ٩ فقرة ٥٩١٠

الخصوص ألا تكون حيازة الارتفاق على سبيل التسامح • حين ينعدم ركنها المعنوى ولاتصلح لكسب حق بالتقادم والمدة اللازمة لكسب الارتفاق بالتقادم هى خمس عشرة سنة أو خمس سنوات على نحو ماسلف أن أوضحنا • واذا كان المشرع قد بين مايمكن اكتسابه بالتقادم من حقوق الارتفاق وقصره على الارتفاقات الظاهرة فانه قد خص المرور • والواقع فى هذا الصدد يقصد أن يكون من الممكن كسب حقوق الارتفاق الظاهرة • سواء كان الحق مستمرا أو غير مستمر • ولما كان حق المرور غير مستمر فقد حرص المشرع على تأكيد امكان اكتسابه بالتقادم •

ثالثا : **تخصيص المالك الأصلى :**

نصت المادة ١٠١٧ مدنى " يجوز فى الارتفاقات الظاهرة أن ترتب أيضا بتخصيص من المالك الأصلى • ويكون هناك تخصيص من المالك الأصلى اذا تبين بأن طريق من طرق الاثبات أن مالك عقارين منفصلين قد أقام بينهما علاقة ظاهرة • فأنشأ بذلك علاقة تبعية من شأنها أن تدل على وجود ارتفاق لو أن العقارين كانا مملوكين لملاك مختلفين فى هذه الحالة اذا انتقل العقارات الى أيدى ملاك مختلفين دون تغيير فى حالتهما • عد الارتفاق مرتبا بين العقارين لهما وعليهما مالم يكن ثمة شرط صريح يخالف ذلك "•

بامعان النظر فى هذا النص سالف الذكر يتضح أن المشرع اشترط شروطا معينه فى حالة ترتيب الارتفاقات بتخصيص المالك الأصلى سوف نعرضها فيما يلى :

١ - أن يوجد عقاران منفصلان لمالك واحد .

٢ - أن يقيم المالك بين العقارين علامة ظاهرة عن طريق انشاء علاقة تبعية بينهما من شأنها أن تدل على وجود ارتفاق فى حالة ما اذا كان العقارات مملوكين لملاك مختلفين . ولابد فى هذه الحالة أن يتعلق الأمر بأعمال من شأنها أن تعد ارتفاقات ظاهرة بين العقارين . مثل فتح مطل مباشر فى أحد العقارين على العقار الآخر على مسافة أقل من المسافة القانونية . ومن ذلك أيضا حالة ماذا أقام المالك منزلين . وترك أرضا فضاء محصورة بينهما تقع عليها مطلات اذ يستخلص من ذلك أن المالك خصص تلك الأرض لمنفعة المنزلين . مما يدل على وجود حق ارتفاق لو أن العقارين كانا مملوكين لملاك مختلفين (١) . فاذا ملك العقارين يعد ذلك شخصان مختلفان مع بقائهما على حالتهما دون تغيير . كما لو باع المالك أحد العقارين أو باعهما لشخصين مختلفين . اعتبر الارتفاق مرتبا بين العقارين لهما وعليهما . أى أنه يفترض فى هذه الحالة أن الطرفين فى التصرفات المذكورة قصدا الابقاء على الوضع السابق (٢) على سبيل الارتفاق بين العقارين الذين انفصلا من حيث الملكية منذ أيلولة ملكيتها الى ملاك مختلفين دون تغيير فى حالتها . فاذا كان السند الذى أدى

---

(١) راجع نقض مدنى ١٩٧٥/١/٨ مجموعة النقض السنة ٢٦ رقم ٣٦ ص ١٤٠ .

(٢) راجع د/ توفيق فرج ، المرجع السابق ص ٣٠٢ فقرة ٢٤٤ .

الى الفصل بين العقارين من حيث الملكية كالبيع أو القسمة لم يذكر شيئا عن الأعمال التى قام بها المالك السابق والتى من شأنها أن تعد ارتفاقا أو أنه ذكر أن تلك الأعمال تعد ارتفاقا لأحد العقاريين على الآخر اعتبرت كذلك . أما اذا تبين من السند المذكور أن المشترى مثلا لأحد العقارين ليس له أى حق على تلك الأعمال التى من شأنها أن تكون ارتفاقا فلا يعتبر ماقام به المالك السابق ارتفاقا . ولكن يتعين فى هذه الحالة أن يكون الشرط الذى يتعلق بهذا من السند الذى يفصل بين العقارين شرطا صريحا . أى يتعين أن يذكر الطرفان صراحة أنهما لايريدان الابقاء على علاقة التبعية القائمة بين العقارين [١] . ويتضح من هذا أن تقرير حق الارتفاق عند عدم الاستبعاد صراحة يستمد مصدره بين مالكى العقارين . ومن الاتفاق عليه . حيث اتجهت ارادتهما الى الابقاء عليه عند اتمام الفصل بينهما . ومن أجل ذلك يتعين عند التسجيل ابراز ذلك [٢] .

---

(١) راجع نقض مدنى ١٩٦٧/٢/٧ السنة ١٨ رقم ٤٨ص٣١٢ .

(٢) راجع د/ السنهورى ، بند ٥٧ .

المبحث الثانى

صور حق الارتفاق

تمهيد :

يتخذ الارتفاق صورا مختلفة • فقد يكون ايجابيا وقد يكون سلبيا وقد يكون مستمرا كما قد يكون غير مستمر وقد يكون ظاهرا كما قد يكون غير ظاهر • ولهذا التقسيم أهميته فى بعض الحالات (١) من ذلك مثلا أن تقسيم الارتفاق الى ظاهر وغير ظاهر تبدو من حيث اكتساب الارتفاق بمرور الزمن • كما أن تقسيم الارتفاق الى مستمر وغير مستمر تبدو أهميته بالنسبة لتحديد بداية مدة السقوط بمرور الزمن • وسوف نعرض لهذه الصور فيما يلى :

أولا : **الارتفاق الايجابى والسلبى :**

يقصد بالارتفاق الايجابى مايتقرر بأعمال ايجابية لصالح العقار الخادم • كما اذا تقرر حق مرور على أرض الجار وذلك خارج الحالات التى يفرض فيها القانون ذلك • فاذا كان لشخص ممر يوصله الى الطريق العام ولكنه أراد أن يمر من عقار الجار تيسيرا له فيتفق مع مالك العقار المجاور

(١) راجع د/ توفيق فرج ، الحقوق العينيه الأصلية ، بيروت ص٢٧٢٠

وبذلك يتقرر له حق ارتفاق بالمرور ، أو الشرب ، أما الارتفاق السلبي فيقتصر على انقاص سلطات المالك على العقار المرتفق به – بمنعه من القيام بأعمال معينه عليه أو يحرمانه من بعض وجوه الاستعمال ، وقد قدمنا أن ذلك قد يكون في حالة الاتفاق بعدم البناء أو بعدم التعلية للبناء على ارتفاع معين

ثانيا : **الارتفاق الظاهر وغير الظاهر :**

الارتفاق الظاهر هو الذى تكشف عن وجوده أعمال خارجية مثل النافذة أو المجرى ، آما غير الظاهر فهو الذى لاتدل عليه علامات ظاهرة ، ومثل ذلك الارتفاق بالمطل حيث توجد فتحه ظاهرة في بناء أقل من المسافة القانونية ، والارتفاق بالمرور حيث يوجد طريق معد للمرور ومثل الارتفاق غير الظاهر الارتفاق بعدم التعلي، وفي بعض الأحوال يترك الظهور أو عدمه الى ظروف الواقع ، فارتفاق المرور مثلا يكون ظاهرا اذا وجد طريق مرسوم يمارس عليه المرور ، ويكون غير ظاهر اذا لم يوجد طريق مرسوم له ، وترجع التفرقة في العادة بين الارتفاق الظاهر وغير الظاهر الى أمر عرضي لا الى طبيعة الارتفاق [1] .

---

(١) راجع د/ جمال زكي ، المرجع السابق ص ٦٣٧.

ثالثا : **الارتفاق المستمر وغير المستمر :**

يتحدد الاستمرار أو عدمه [١] تبعا لكيفية ممارسة الارتفاق. فالارتفاق المستمر هو الذى لايحتاج فى استعماله الى تدخل متجدد من قبل صاحب العقار المخدوم. وذلك لأن مجرد قيام الارتفاق يجعل الحق قائما وممارسا بصفة تلقائية. مثل ذلك الارتفاق السلبى بعدم البناء. ومثل الارتفاق بالمطل وهو ارتفاق ايجابى مستمر. نظرا لقيام التكاليف أو العبء منذ قيام الارتفاق وفتح المطل على أقل من المسافة القانونية. والارتفاق غير المستمر يحتاج الى تدخل صاحب العقار المرتفق بعمل متجدد حتى يمكن معرفة أن هناك عبئا استثنائيا على العقار الخادم. مثل ذلك الارتفاق بالمرور لأرض غير محبوسة عن الطريق العام أو الارتفاق باغتراف المياه وبرعى الماشية.

---

(١) راجع د: توفيق فرج ، المرجع السابق ص ٢٩٢.

الفصل الثالث

استعمال حق الارتفاق

النص التشريعي :

أوضح المشرع المصرى فى المادة ١١٠٩ مدنى الآحكام التى توضح استعمال حق الارتفاق أى تحديد نطاقة وكيفية مباشرته فورد النص " تخضع حقوق الارتفاق للقواعد المقرر فى سند انشائه ولما جرى به عرف الجهة وللأحكام الآتيه " • ثم تابع المشرع مدى استعمال هذا الحق وتحديد حق الارتفاق • ونفقات الأعمال اللازمة لاستعماله • والالتزامات الملقاه على عاتق مالك العقار المرتفق به • وآثر تجزئة العقار المرتفق به على هذا الحق • وجزاء مخالفة هذه القواعد ثم الحماية القانونية لهذا الحق وذلك فى المواد من ١٠٢٠ : حتى ١٠٢٥ من التقنين المدنى المصرى الجديد ومن ثم يجب تفصيل ماتقدم على النحو التالى :

أولا : مدى استعمال حق الارتفاق وتحديده :

يقصد بهذا مضمون حق الارتفاق [١] أو نطاق مباشرته [٢] فيتحدد استعمال هذا الحق بالكيفية التى كان يستعمله بها المالك الأصلى وبما تدل عليه العلامات الظاهرة التى أوجدها المالك الآصلى بين العقارين • واذا كان

---

(١) راجع د/ محمد على عمران ، المرجع السابق ص ٣٨٨•
(٢) راجع د/ توفيق فرج ، المرجع السابق ص ٣٩٣•

قد اكتسب حق الارتفاق بالتقادم وجب الرجوع الى الحالة التى استمرت عليها الحيازة طوال مدتها لتحديد مضمون حق الارتفاق . وفى كل الأحوال يجب الرجوع الى عرف الجهة لبيان مضمون حق الارتفاق على ألا يتعارض هذا العرف مع مايمكن استخلاصه من السند المنشىء لحق الارتفاق [١] فالأصل كما سبق أن أسلفنا الرجوع الى السند المنشىء لحق الارتفاق . واذا لم يكن كافيا وجب الرجوع الى العرف . وأخيرا الى القواعد القانونية التى أوردها المشرع اعتبارا من المواد ١٠١٥ حتى ١٠٢٩ مدنى وهى الوارده فى الفصل الثالث من الباب الثانى من التقنين المصرى الجديد . ولايقتصر الأمر على مايتحدد به حق الارتفاق من حيث نطاقه على النحو الذى سبق أن أوضحناه . ولكنه يشمل فضلا عن ذلك مايعد من مستلزماته فمن أحدث ارتفاق فقد منح ضمناً ماهو لازم لاستعماله [٢] . من ذلك مثلا حالة ما اذا تقرر حق السقيا من عين فان هذا يتضمن حتما حق المرور فى الأرض التي تقع فيها العين وهو أمر تفرضه طبيعة الأمور ولايحتاج الى نص خاص اذ الأمر يتعلق بمستلزمات هذا الحق . والقاعدة الشرعية أن من ملك شيئا ملك ماهو من شروراته [٣] .

ومتى تقرر حق الارتفاق فلا يجوز تعديله أو تغيير دون رضاء مالكى العقارين المرتفق والمرتفق به : فلا يجوز لمالك العقار المرتفق أن يزيد عبء الارتفاق لأن مضمون حق ونطاق حق الارتفاق يتحدد بالسند المنشىء له

---

(١) راجع السنهورى الوسيط جـ٩ ص١٣٦٣ ، د/لبيب شنب المرجع السابق فقرة ٣٧٤ .

(٢) راجع د/ توفيق فرج المرجع السابق ص ٣٠٣ فقرة ٢٤٥ .

(٣) راجع المادة ٤٩ من مجلة الأحكام العدلية .

سواء كـان تصرفا قانونيا "عقد ـ وصيه " أم واقعة مادية " التقادم " • وذلك حتـى ولو لم يترتب على هـذا التجاوز أو الخروج عن حـدود حق الارتفـاق أو فـى ضرر بالعقار المرتفق (١) • وبالمثل لايجـوز لمالك العقار المرتفـق به أن يعمل شـيئا يؤدى الى الانتقاص من استعمال حـق الارتفاق أو جعلـه أكثر مشقة فعليه اذا كـان الارتفاق أن يمتنع عن اعاقة الأعمـال التى يقـوم بها مالك العقار المرتفق استعمالا لارتفاقة • واذا كـان الارتفاق سلبيا كعـدم البناء • يجـب عليه الامتناع عن القيام بأى عمـل يعتبر مخالفا • ولايجـوز تغير موضوع حـق الارتفاق الذى تقرر فى سند انشائه الا باتفاق مالكـى العقارين المرتفق والمرتفق به ـ ومع ذلك اذا كـان الموضوع الذى عين أصـلا قـد أصبح من شأنه أن يزيد فى عبء الارتفاق أو أصبح الارتفاق مانعا مـن احداث تحسينات فى العقار المرتفق به • فلمالك هـذا العقار أن يطلب نقـل الارتفاق الى موضع آخـر من العقار • أو الى عقار آخـر يملكه هـو أو يملكـه أجنبى اذا قبل الأجنبى ذلك • كـل هـذا متى كان استعمال الارتفاق فـى وضعه الجديد ميسورا لمالك العقار المرتفق بالقدر الذى كـان ميسورا به فـى وضعه السابق ويعتبر هـذا استثناء على مبدأ اطلاق تحديد حـق الارتفـاق في مواجهـة مالك العقار المرتفق • وعلى الأخير أن يقبل نقله والا قضـت المحكمة به رغما عنه • وتكـون نفقات نقل الارتفاق على عاتق مالك العقـار المرتفق به لأن النقل تقرر لمصلحته •

---

(١) راجع مارتي ورينو فقرة ١١٣٤• د/ السنهورى المرجع السابق فقـرة ٦١٤•

ثانيا : **النفقات اللازمة لاستعمال حق الارتفاق :**

أوضح المشرع حكم هذه النفقات فى عجز المادة ١٠٢٢ مدنى التى جاء نصها " نفقة الأعمال اللازمة لاستعمال حق الارتفاق والمحافظة عليه تكون على مالك العقار المرتفق مالم يشترط غير ذلك . فاذا كان مالك العقار المرتفق به هو المكلف بأن يقدم بتلك الأعمال على نفقته . كان له دائما أن يتخلص من هذا التكليف بالتخلى عن العقار المرتفق به كله أو بعضه لمالك العقار المرتفق . واذا كانت الأعمال نافعة أيضا لمالك العقار المرتفق به كانت نفقة الصيانة على الطرفين كل بنسبة مايعود عليه من الفائدة" .

الواضح من هذا النص أنه لايتعلق بالنظام العام وانما يحتوى على قاعدة اتفاقية " نفقة الأعمال اللازمة لاستعمال حق الارتفاق المحافظة عليه تكون على مالك العقار المرتفق مالم يشترط غير ذلك " . فيجوز الاتفاق فى السند المنشىء لحق الارتفاق [١] على أن يتحمل هذه النفقات مالك العقار المرتفق به على أن مالك العقار المرتفق أصلا لايقع عليه سوى التزام السلبى [٢] فانه يجوز أن نفرض عليه بموجب الاتفاق التزامات ايجابية محلها القيام بالأعمال اللازمة لاستعمال حق الارتفاق والمحافظة عليه سواء كان هذا الاتفاق معاصرا لانشاء الارتفاق أم أبرم فى وقت لاحق على نشوئه . ويسلم الفقه بأن هذه الالتزامات ذات صفة عينية تنتقل

---

(١) راجع د/ توفيق فرج ، المرجع السابق ص ٣٠٦ فقرة ٢٤٨ .

(٢) راجع د/ جمال زكى ، المرجع السابق ص ٦٥٨ فقرة ٣٦٧ .

ايجابا مع العقار المرتفق كما تنتقل سلبيا مع العقار المرتفق به من ناحية أخرى ٠ وقد أجاز المشرع فى المادة ٢/١٠٢٢ مدنى لمالك العقار المرتفق به دائما أن يتخلص منها بالتخلى عن هذا العقار كله أو بعضه لمالك العقار المرتفق ٠ ويقع هذا التخلى بالارادة المنفردة ٠ ويعتبر الحق فيه متعلقا بالنظام العام (١) ٠ ولايلزم التخلى قبول الطرف الآخر (٢) ٠ واذا كانت الأعمال اللازمة لاستعمال حق الارتفاق نافعة أيضا لمالك العقار المرتفق به كما هى نافعة لمالك العقار المرتفق فان نفقات الصيانة تقع على الطرفين كل بنسبة مايعود عليه من فائدة ٠ ومثل ذلك أن يمر مالك العقار المرتفق به على نفس الممر الذى يمر عليه مالك العقار المرتفق ٠ فعلى الطرفين تقع نفقات هذه الصيانة كل بنسبة مايعود عليه من فائدة ٠

ثالثا : الالتزامات الملقاه على عاتق مالك العقار المرتفق به :

ليس على صاحب العقار المرتفق به سوى الامتناع عن انقاص الارتفاق أو عرقلة استعماله ٠ ويجوز له استنادا الى ملكيته للعقار المرتفق به ٠ أن يقوم بأى عمل لايتعارض مع استعمال الارتفاق كما أن له أن يقوم على عقاره بأعمال مماثلة لما يخوله الارتفاق بالمرور أو رى أرضه فى حالة الارتفاق بالشرب أوبالمجرى من ذات القناة ٠ أو صرف المياه الزائدة فى حالة الارتفاق بالمسيل فى ذات المصرف ٠ طالما لايترتب على هذا الاستعمال أو ذاك تعطيل للارتفاق

---

(١) راجع د/ جمال زكى ، المرجع السابق ص ٦٥٩٠

(٢) راجع د/ محمد على عمران ، المرجع السابق ص ٣٩٠٠

على أن يشترك مع صاحب العقار المرتفق فى نفقات صيانة الممر أو المسقاة أو المصرف • ولايلتزم مالك العقار المرتفق به أن يقوم بأى عمل لمصلحة العقار المرتفق • لأن الارتفاق عبء يرد على العقار الذى يملكه • وليس التزاما يتعلق بذمته • ومع ذلك يجوز بالاتفاق أن يلتزم بأعمال اضافية يقتضيها استعمال حق الارتفاق على الوجه المألوف كصيانة الطريق أو المجرى أو المعدة فى الارتفاق بالمرور أو بالشرب أو بالمسيل حين يكون التزاما عينيا يستطيع التخلص منه كما سبق أن ذكرنا عن عقاره الى مالك العقار المرتفق • والأصل كما قدمنا أن مالك العقار المرتفق ليس عليه سوى التزام سلبى • ولايمكن أن يلقى عليه استثناء بالتزام ايجابى الا باتفاق يرتضى قيامه ولايمكن أن يقوم العرف مكانه ولو أكدته عادة قديمة فى املائه مقام التعهد به [(١)] • ويجب أن يكون الالتزام الايجابى محله عملا اضافيا يوجبه استعمال الارتفاق على الوجه المألوف • ولايجوز على نقيض ما يوصى به نص المادة ١٠٢١ مدنى أن يكون محله عملا لايوجبه هذا الاستعمال والا كان التزاما يتعلق بذمة المالك • لاينتقل الى خلفه الا فى حدود انصراف أثر العقد الى خلفائه [(٢)].

---

(١) راجع نقض مدنى فرنسى ١٩٥٣/١١/٣٠ مشار اليه فى مازو دروس فى القانون المدنى فقرة ١٧٢٢ هامش ٥ •

(٢) راجع د/ جمال زكى ، الوجيز فى نظرية الالتزام طبعة ١٩٧٦ جـ١ ص ٢٣٨ _ ٢٤٠ •

رابعا : **أثر تجزئة العقار المرتفق أو المرتفق به على الارتفاق :**

(أ) **تجزئة العقار المرتفق :**

تناول المشرع تجزئة العقار المرتفق فى المادة ١٠٢٤ مدنى التى جاء نصها " اذا جزىء العقار المرتفق بقى الارتفاق فى جزء منه على ألا يزيد ذلك من العبء الواقع على العقار المرتفق به • غير أنه اذا كان حق الارتفاق لايفيد فى الواقع الا جزءا من هذه الأجزاء • فلمالك العقار المرتفق به أن يطلب زوال هذا الحق عن الأجزاء الأخرى"•

فيترتب على قسمة العقار المرتفق تجزئته •عندئذ يظل حق الارتفاق مقررا لكل جزء من أجزاء العقار المقر على ألا يترتب على ذلك زيادة فى حق الارتفاق الأصلى• وقد تتم تجزئة العقار المرتفق بأن يباع جزء منه لأجنبى فيصبح العقار مقسما الى قسمين • ويكون لكل جزء منها نفس حق الارتفاق على العقار المرتفق به _ واذا توفى صاحب العقار المرتفق انتقل العقار المرتفق الى ورثته • وقد يأخذ كل منهم جزءا من هذا العقار فهنا يظل لكل جزء من هذه الأجزاء نفس حق الارتفاق الذى كان قائما من قبل على ألا يترتب على ذلك زيادة فى عبئه • وقد استدرك المشرع فى الفقرة الثانية من النص سالف الذكر حالة ما اذا كان الارتفاق لايفيد فى الواقع سوى جزءا من هذه الأجزاء • فخول لمالك العقار المرتفق طلب زوال هذا الحق عن الأجزاء الأخرى فاذا كان للأرض المرتفقة الحق فى أخذ الكمية اللازمة من السماد أو الأتربة من الأرض المرتفقة بها • فاذا جزىء العقار المرتفق الى قسمين•

عندئذ يختص كل جزء منها بنصف السماد أو الأتربة • فاذا باع مالك أحد القسمين مايخصه الي آجنبي وخصصه هذا الأجنبي ليكون شركة لانتاج الغزل فهنا يفقد هذا الجزء ماكان مخصصا له ويكون لمالك العقار المرتفق به طلب زوال هذا الارتفاق بالنسبة لهذا الجزء (١) • ولايتأتى ذلك الا بصدور حكم من القضاء وبزوال الارتفاق لأنه يتعذر عملا الاتفاق على هذا الزوال •

(ب) **تجزئة العقار المرتفق به :**

أورد المشرع حكم هذه التجزئة فى عجز المادة ١٠٢٥ مدنى التي نصت على أنه " اذا جزئى العقار المرتفق به نفى حق الارتفاق واقعا على كل جزءمنه • غير أنه اذا كان حق الارتفاق لايستعمل فى الواقع على بعض هذه الأجزاء ولايمكن أن يستعمل عليها فلمالك كل جزء منها أن يطلب زوال هذا الحق عن الجزء الذى يملكه " •

بامعان النظر فى هذا النص سالف الذكر أن هذه التجزئة للعقار المرتفق به لاتؤثر على حق الارتفاق ويبقى الارتفاق قائما على كل جزء من آجزاء العقار المرتفق به • فاذا كان نطاق حق الارتفاق محدد فى عدم التعلى أو عدم البناء على العقار المرتفق • وتم تجزئة هذا العقار • فان حق الارتفاق يظل قائما على كل

---

(١) راجع د/ السنهورى ، المرجع السابق فقرة ٦٠٣ •

جزء من أجزاء هذا العقار بعد تجزئتها • واذا كان حق الارتفاق لايستعمل في الواقع ولايمكن استعماله على بعض هذه الأجزاء التي انقسم اليها العقار المرتفق به • فهنا يكون لمالك هذا الجزء أو هذه الأجزاء أن يطلب زوال حق الارتفاق عنها • فاذا كان حق الارتفاق المقرر على هذا العقار المرتفق به هو حق مرور • وكان مفرزا على جزء من الأرض المرتفق بها • فلمالك الجزء الآخر بعد التجزئة طلب زوال حق الارتفاق عن الجزء الذي يملكه (١) •

خامسا : **جزاء مخالفة قواعد استعمال الارتفاق وتحديده :**

يفرق البعض في الفقة الفرنسي (٢) بين مجاوزة حدود الارتفاق وزيادة عبئة • فاذا جاوز مالك العقار المرتفق حدود حقه• كما رسمها سند انشائه ألزم باعادة الحال الى ماكانت عليه ولو لم يكون هناك ضرر لحق مالك العقار المرتفق به من هذا التجاوز مع الحكم بالتعويض اذا كان هناك ضرر • أما اذا لم يعين على وجه الدقة مضمون الارتفاق في السند الذي أنشأه لايعتبر مالك العقار المرتفق بزيادة عبء الارتفاق فعلا • قد تجاوز حدود حقه • ولايجوز من ثم للقاضي متى لحق العقار المرتفق به ضرر محسوس سوى الحكم بالتعويض عن الضرر الناتج عنه • ولكن هذه التفرقة كما يذهب

---

(١) راجع د/ محمد على عمران المرجع السابق ص ٣٩٣ •

(٢) راجع بودرى لاكانتنرى وشوفو فقرة ١١٣٣ ج ٤

البعض فى الفقه المصرى (١) لاتقوى على التحليل . لأن زيادة عبء الارتفاق خروج على مضمونة . (من ثم تجاوز لحدوده . ولايمكن استنادا الى العبارات العامة فى سند الارتفاق القول بعدم تعيين هذه الحدود . بل يجب على القاضى عندئذ أن يفسر العبارات العامة فى سند الارتفاق لتعيين مضمونة . ويقضى بازالة كل مايعتبر تجاوزا له . ولذلك لم يهتم القضاء الفرنسى بهذه التفرقة . ولكنه بدل الحكم فى جميع الأحوال باعادة الحال الى ماكانت عليه يستبدل بها أحيانا وفقا لتقديره الحكم بالتعويض أو الجمع بينهما وبينه (٢) . أما اذا التزم مالك العقار المرتفق مضمون حقه كما حدده سند انشائه . ولكنه استعمله مع على وجه يزيد فى عبء الارتفاق . فلا يجوز الحكم بغير التعويض عن الضرر الذى نجم عن استعماله (٣) . وتطبق ذات القواعد اذا أتى مالك العقار المرتفق به ماترتب عليه انقاص الارتفاق أو جعله أكثر مشقة. فيلزم باعادة الحال الى ماكانت عليه وتعويض الضرر الذى نجم عن فعلته والالتزام بالتعويض فى رأى البعض (٤) التزام شخص يتعلق بذمة المالك الذى ارتكب المخالفة . على أن هذه الصفة لاتصدق الا اذا كان التعويض عن ضرر . كالذى يحكم به على مالك العقار المرتفق لتعديه على الارتفاق أو على مالك العقار المرتفق لتجاوزه حدود حقه . أو الضرر الذى نتج

---

(١) راجع د/ جمال زكى المرجع السابق ص ٦٦٢فقرة ٣٦٧.

(٢) راجع نقض مدنى فرنسى ١٩٣١/٣/١٨جازيت دى باليه١٩٣١ـ١ـ٧٥٣.

(٣) راجع مجلة الأسبوع القانونى عام ١٩٥١ـ٢ـ٦٣١١.

(٤) راجع د/ السنهورى الوسيط جـ٩ فقرة ٦٠٥.

عن زيادة عبئه . أما اذا كان التعويض مقابلا لزيادة عبء الارتفاق في حالة الاكتفاء به بدلا من الحكم باعادة الحال الى ماكانت عليه . فيكون له صفة عينية . لأن زيادة عبء الارتفاق عنصر فيه . وينصرف أثره الى الملاك المتعاقبين للعقار المرتفق . فيكون كذلك التعويض الذى يقابله أما اعادة الحال الى ماكانت عليه فلاشك فى أنها التزام عينى . وينتقل من ثم مع العقار المرتفق أو المرتفق به الى من تنتقل اليه ملكيته (١) .

سادسا : الحماية القانونية لحق الارتفاق :

لما كان من المقرر قانونا أن لكل حق دعوى تحميه .فالدعوى هى الوسيلة الحمائية للحق (٢) . وحق الارتفاق كأى حق له حماية قانونية عن طريق الدعوى (٣) . وهذه الدعوى موضوعية تسمى دعوى الاقرار بحق الارتفاق . ويمكن حمايته أيضا عن طريق دعاوى الحيازة. باعتبار أن حيازته مثل حيازة الحقوق العينيه العقارية الأخرى .

فيستطيع مالك العقار المرتفق من ناحية أن يرفع دعوى الاقرار ضد كل من ينازعه فى حقه مالك العقار المرتفق به أو حائزه يطلب فيها تمكينه من استعماله . بل وهدم المنشآت التى أتيحت اخلالا به . وهى من دعاوى المطالبة بالحق وتخضع لقواعد الاستحقاق فلا يشترط

---

(١) راجع د/ السنهورى الوسيط جـ ٩ ص ٦٠٦.

(٢) راجع د/ حمدى عبدالرحمن المراكز القانونية بحث مطول .

(٣) راجع د/جمال زكى المرجع السابق ص ٦٣٣.

لرفعها ثبوت ضرر للمدعى . ويستطيع مالك العقار المرتفق أيضا من ناحية أخرى أن يرفع دعوى الحيازة ومنع التعرض أو وقف الأعمال الجديدة ". وان كان القضاء الفرنسي ينكر عليه رفع دعوى استرداد الحيازة (١) على أساس أنها تفترض انتزاع الحيازة عنده عن صاحبها في حين أن حق الارتفاق ليست له الحيازة المادية للعقار المرتفق به الا أننا لانرى مانعا لصاحب العقار المرتفق من اللجوء اليها في الحالات التي يظهر فيها بوضوح أن عملا من أعمال العنف قد انتزع من صاحب حق الارتفاق حيازته لهذا الحق . ولمالك العقار الذي يدعى وجود حق ارتفاق عليه أن يلجأ الى دعاوى الحيازة لوقف التعرض له في حيازته بالادعاء به وله كذلك دعوى موضوعية هي دعوى انكار حق الارتفاق للحكم في مواجهة مدعى الارتفاق بخلو عقار منه . حين لايكلف الا باثبات ملكيته للعقار . فيعترض خلوه من الارتفاقات بحيث يتعين على من يدعى بحق ارتفاق عليها أن يقيم الدليل على وجوده وهذه الدعوى مثل دعوى الاقرار بالارتفاق لايشترط لرفعها ثبوت ضرر للمدعى فيها . ولايكون المالك في حاجة الى دعوى الانكار اذا كان مدعى الارتفاق لايفيد من دعاوى الحيازة حين يكفى أن يلجأ الى دعاوى الحيازة لمنع تعرض المدعى بالارتفاق . ليتعين على هذا الأخير أن يرفع الدعوى الموضوعية للاقرار بحق الارتفاق الذي يدعيه.

---

(١) راجع مارتين ورينو فقرة ١٦٦ـ٢ والأحكام المشار اليها ص ١٨٦ هامش ٥ .

أما اذا كان مدعى الارتفاق يحتمى بدعاوى الحيازة • فلا يكون أمام المالك سوى الدعوى الموضوعية بانكار الارتفاق • ويقيم الدليل فيها على خلو عقاره منه • ولكن يذهب أستاذنا السنهورى الى أنه (١) لايجب اتباع هذه التفرقة وأنه يجوز فى كل الأحوال للمالك الذى ينازع فى وجود الارتفاق أن يكتفى باقامة الدليل على ملكيته فيفترض خلوها من الارتفاقات ليقع على مدعى الارتفاق أن يثبت وجوده • وتكون الحماية التى توفرها له حيازة الارتفاق غير ذات أهمية •

===========

---

(١) راجع د/ السنهورى المرجع السابق فقرة ٦١٦•

الفصـــل الرابـع

انقضـاء حـق الارتفـاق

تمهيـد :

لما كان حق الارتفاق ليس من جوهره صفة الدوام على نحو ما أسلفنا . فمن ثم ينقضي هذا الحق طبقا للقواعد العامة بالنزول عنه . أو بالاتفاق بين مالك العقار المرتفق والعقار المرتفق به . ولمالك العقار المرتفق النزول عن الارتفاق بمقابل أو بدون مقابل لصاحب العقار المرتفق به . مثل ذلك حالة قبول ارتفاق بالمطل أن يقيم الجار على العقار المرتفق به بناء يسد المطل ينزل عن حق الارتفاق بالمسيل (١) . ويمكن أن ينقضي بصفة جزئية حق الارتفاق بتجزئة العقار المرتفق أو المرتفق به . أو بزوال سند المالك الذي رتبه على عقاره اذا كان لزواله أثر رجعي كابطاله أو فسخه (٢) . غير أن المشرع فضلا عن هذه الأسباب العامة لانقضاء حق الارتفاق نص بصفة مباشرة على أسباب أوردها تفصيلا في المواد اعتبارا من ١٠٢٦ حتى ١٠٢٩ مدني مصري وهذه الأسباب المباشرة هي : انقضاء الأجل المحدد - هلاك أحد

---

(١) راجع د/ توفيق فرج المرجع السابق ص ٣١٦ فقرة ٢٥٤ .

(٢) راجع د/جمال زكي ، المرجع السابق ص٦٧٠ فقرة ٣٢٣ .

العقارين ـ اجتماع العقارين بيد شخص واحد . عدم الاستعمال ـ استحالة استعمال الحق ـ انعدام الفائدة من الحق . وسوف نعرض لهذه الأسباب فيما يلي :

أولا : **انقضاء الأجل المعين :**

ورد النص على هذا السبب من أسباب الانقضاء المباشرة في المادة ١٠٢٦ مدني التي نصت على " تنتهي حقوق الارتفاق بانقضاء الآجل المعين" لما كان حق الارتفاق من الحقوق المتفرعة عن حق الملكية . ومن خصائصه عدم الدوام أي أنه حق قابل للتأقيت . ومن أجل هذا يجوز الاتفاق في السند المنشيء لحق الارتفاق على أنه يدوم مدة معينه . وان كان هذا فرض نادر الحدوث . فيجوز أن يضاف الى أجل فاسخ ينتهي بحلوله (١) . وعلى كل حال اذا حدد للارتفاق أجل معين فانه ينقضي بانقضاء هذا الأجل ولو ظل العقارين قائمين (٢) .واذا لم يحدد فانه يظل باقيا طالما ظل العقاران قائمين ولم تتغيير الظروف.

ثانيا : **هلاك أحد العقارين :**

لما كان حق الارتفاق يقوم على عقار لصالح عقار آخر فانه ينتهي بانتهاء أحدهما . اذ لامحل له لانتفاء العلة . وقد جاء النص على

(١) راجع د/ جمال زكي ،المرجع السابق ص٦٧٠ فقرة ٣٧٤.

(٢) راجع بلانيول وريبير وبيكار ج٣بند٩٩٨ ونقض تجاري فرنسي ١٠/ ٧ / ١٩٥٠.

ذلك فى المادة السابقة ١٠٢٦ مدنى ("تنتهى حقوق الارتفاق بهلاك العقار المرتفق به أو المرتفق هلاكا كليا " . وهذا الهلاك المعمول عليه حتى ينقضى معه حق الارتفاق لابد أن يكون هلاكا تاما ونهائيا . اذ أننا نكون اذن فى صدد حالة من حالات استحالة استعمال الارتفاق . وقد يتخذ الهلاك صورة الهلاك المادى أو القانونى (١) . فاذا كان العقار المرتفق به أرضا زراعية تقع على شاطىء النيل وعليها حق ارتفاق بالمجرى وأكلها النهر فان حق الارتفاق ينتهى بداهة . واذا كان العقار المرتفق بناء تقرر له حق المطل على الأرض المجاورة له وانهدم البناء زال الارتفاق . ولكن اذا أعيد البناء عاد عليه حق الارتفاق مالم يكن قد سقط بعدم الاستعمال (٢) . واذا كان الهلاك جزئيا يظل الارتفاق قائما بالنسبة للجزء الباقى سواء تعلق الأمر بهلاك العقار المرتفق أو العقار المرتفق به لأن حق الارتفاق لايتجزأ (٣) .

ثالثا : **اجتماع العقارين فى يد واحدة : "اتحاد الذمة ".(٤) .**

ورد النص على ذلك أيضا فى المادة ١٠٢٦ مدنى " ينقضى الارتفاق باجتماع العقارين فى يد مالك واحد " . أى باتحاد الذمة . والارتفاق ينقضى هنا أيا كان سبب اتحاد الذمة طالما اجتمعت الملكية فى يد شخص واحد

---

(١) يعتبر نزع الملكية فى حكم الهلاك القانونى وفقا لرأى البعض فى الفقه " السنهورى ج٩فقرة ٦٢٠ -محمد كامل مرسى ج٢ص٧١٥" .

(٢) راجع بلانيول وريبير ج٣ فقرة ٩٩٧ .

(٣) راجع د/توفيق فرج فقرة ٢٥٥ .

(٤) راجع د/جمال زكى فقرة ٣٧٤هامش٥"اتحاد الذمة استعارة لاصطلاح القانونى فى نظرية الالتزام حيث ينقضى الحق الشخصى اذا اجتمع ===

حتى ولو بقيت العلاقة بين العقارين قائمة من الناحية الفعلية . لأن قيام الارتفاق يقتضى اختلاف الملكية . ومن المعلوم أن هذا يعتبر سببا مؤقتا لانقضاء الحق . فاذا زال سبب اتحاد الذمة . كما لو أبطل عقد البيع (عادت ملكية أحد العقارين الى صاحبها . عاد الارتفاق من جديد. واذا زالت حالة الاجتماع هذه زولا يرجع أثره الى الماضى . فان حق الارتفاق يعود (١) وعلة الانقضاء تكمن فى أن الارتفاق يفترض عقارين مملوكين لشخصين مختلفين . فاذا انتقلت ملكية أحد العقارين الى مالك العقار الآخر أو انتقلت ملكية العقارين معا الى شخص آخر أيا كان السبب لهذا الانتقال انتهى الارتفاق بفقده عنصر جوهرى فيه (١). ويذهب استاذنا الجليل الدكتور جمال زكى (٢) الى أن هذا السبب من أسباب انقضاء الارتفاق في حقيقته مانع قانونى لاستعمال هذا الحق وينمحى أثره من ثم طيلة وجوده . ولذلك اذا زال اجتماع العقارين فى يد مالك واحد زوالا يعود أثره الى الماضى . كما سبق أن ذكرنا عاد الارتفاق الى الوجود كما كان من قبل هذا الزوال . أما اذا لم يكن لهذا الزوال أثر رجعى كأن يتصرف المالكُ فى أحد العقارين بالهبة فلا عودة للارتفاق فيرى سيادته أنه يمكن أن ينشأ ارتفاق جديد بتخصيص المالك الأصلى اذا توافرت شروطه

=== فى شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة الى دين واحد طبقا للمادة ٣٧٠ مدنى .

(١) راجع د/ جمال زكى المرجع السابق ص٦٧١ فقرة ٣٧٤.

(٢) راجع د/ جمال زكى المرجع السابق ص ٦٧١ فقرة ٣٧٤.

رابعا : عدم الاستعمال خلال مدة معينه :

عالج المشرع هذا السبب من أسباب انقضاء حق الارتفاق فى المادة ١٠٢٧ مدنى " تنتهى حقوق الارتفاق بعدم استعمالها مدة خمس عشرة سنة فان كان الارتفاق مقررا لمصلحة عين موقوفة كانت المدة ثلاثا وثلاثين سنة. وكما يسقط التقادم حق الارتفاق يجوز كذلك بالطريقة ذاتها أن يعدل من الكيفية التى يستعمل بها " . يتضح من هذا النص أن المشرع حدد انتهاء حق الارتفاق بمدة خمس عشرة سنة فى حالة عدم استعماله . وجعل هذه المدة ثلاثا وثلاثين شنة اذا كان الارتفاق مقرر لمصلحة عين موقوفة . أما اذا كان الارتفاق وارد على الأرض الموقوفة ذاتها فانه يخضع للمدة الأولى وهى الانتهاء بعدم الاستعمال خمس عشرة سنة [(١)]. وليس تعبير عدم الاستعمال الوارد فى النص سالف الذكر الا تعبيرا عن التقادم المسقط [(٢)]. فاذا لم يستعمل صاحب العقار المرتفق حق الارتفاق الذى له . افترض نزوله عنه لأن القانون لايعترف بهذا الحق الذى يعتبر قيدا ثقيلا على الملكية الا لكونه مفيدا. فاذا ثبت عدم الفائدة منه فلا مفر من اسقاطه ويخضع لهذا التقادم جميع حقوق الارتفاق سواء كانت مستمرة أو غير مستمرة ظاهرة أو غير ظاهرة وان كانت الظاهرة منها وحدها يمكن أن تكسب بالتقادم . فتسقط بعد الاستعمال أيا كان سببه طوال تلك المدة سواء كان اراديا أو قهريا . حتى ولو رجع الى قوة قاهرة [(٣)] وليس فى ذلك ظلم لصاحب الارتفاق اذ يستطيع دائما أن يقطع

(١) راجع الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٢٢٢٨.

(٢) راجع د/ السنهورى ج ٩ فقرة ٦١٦.

(٣) راجع د/جمال زكى المرجع السابق ص ٦٧٤، وريبير وبولانجيه فقرة ٣٧٨٣.

هذا التقادم بالحصول وديا أو عن طريق حكم من القضاء على اقرار بحقه. بدعوى موضوعية هى الاقرار بحق الارتفاق أو باحدى دعاوى الحيازة"منع التعرض ـ أو وقف الأعمال الجديدة " ويسرى على هذا التقادم القواعد العامة فى الوقف أو والانقطاع . واذ ملك العقار المرتفق عدة شركاء على الشيوع فانتفاع أحدهم بالارتفاق يقطع التقادم لمصلحة الباقين . كما أن وقف التقادم لمصلحة أحد هؤلاء الشركاء يجعله موقوفا لمصلحة سائرهم . ويطبق الفقة الفرنسى هذا الحكم على فكرة عدم القابلية للتجزئة [(١)] . اذا اقتصر سبب الانقضاء على حصة أو بعض حصص شائعة بقى الارتفاق قائما بالنسبة لجميع العقار . وتختلف بداية المدة بحسب نوع الارتفاق . فتبدأ المدة فى الارتفاق المستمر الذى يقوم على حالة واقعية من يوم القيام بعمل يتعارض معه . وفى الارتفاق غير المستمر الذى يقوم على أعمال منفردة من يوم القيام بآخر عمل استعمال له . فاذا كان ارتفاقا بالمطل بدأت المدة من يوم اقامة بناء يسده . واذا كان ارتفاقا بالمرور بدأت المدة من يوم المرور فيه آخر مرة . فاذا كان الارتفاق لم يستعمل قط بدأت المدة من يوم نشوئه [(٢)] ومتى انقضت المدة سقط حق الارتفاق بعدم الاستعمال ولايمنع سقوطه أن يعود مالك العقار المرتفق الى استعماله بعد اكتمالها . ونرى أن عبء الاثبات فى الارتفاق المستمر يقع على مالك العقار المرتفق به . حيث يرد على واقعة تعارض حق الارتفاق فيكون على من يدعى انتهاء الارتفاق اقامة

---

(١) راجع د/ جمال زكى المرجع السابق ص٦٧٤ ،وريبير وبولانجيه فقرة ٣٧٨٣

(٢) راجع بلانيول وريبير ، المرجع السابق فقرة ٩٩٩ .

الدليل عليها • وفى الارتفاق غير المستمر يقع على النقيض على مالك العقـــار المرتفق الذى عليه أن يقيم الدليل على أنه يستعمل الارتفاق منذ أقـــل من خمس عشرة سنة • وكمـــا يسقط الارتفاق بالتقادم يجـوز كذلك بالطريقـة ذاتهـا أن يحـول من الكيفية التى يستعمل بهـا وذلك طبقا للمادة ١/١٠٢٧ مدنى • هـذا النص يحيط بحالة تعديل الارتفاق وكذلك حالة انقاصه • فـاذا استعمل الارتفاق بكيفية تخالف تلك التى تقررت فى سند انشائه واستمرت هـذه المخالفة خمس عشرة سنة •ومثل ذلك أن يتعـود صاحب العقـار المرتفـق طوال هذه المدة المرور من طريق آخر فى العقار المرتفق به غير الذى عيـن فى الأصل له • تعدل حق المرور بالتقادم وأصبح يرد فى هذا الطريق الأخيـر• فحـق الارتفاق باق وانمـا تعدلت بالتقادم كيفية استعماله • ولـــولا صراحة النص سالف الذكـر لوجب القول بأن الارتفاق قد انتهـى بعدم استعمالـه ونشأ بدله ارتفاق جديد بالتقادم المكسب وفقا لقواعده التى تستلزم لكسبـه أن يكـون الارتفـاق ظاهـرا (١) والا انتهى الارتفاق الأصلى ولم ينشــأ بدلا منه ارتفاق جديد •

خامسا : **استحالة استعمال حـق الارتفاق :**

ورد النص على ذلك فى المـادة ١٠٢٨ مدنى " ينتهى حق الارتفـاق اذا تغير وضع الأشياء بحيث تصبح فى حالة لايمكن فيها استعمال هذا الحـق ويعود اذا عادت الأشياء الى وضع يمكن معه استعمال الحق الا أن يكون قـد انتهـى بعدم الاستعمال •

---

(١) راجع د/جمال زكى المرجع السابق ص٦٧٥فقرة ٣٧٧•

فقد يتغير وضع العقار المرتفق أو المرتفق به . ويترتب على هذا التغيع استحالة استعمال حق الارتفاق كأن يتغير العقار المرتفق بأن تتحول الأرض الزراعية التى لها ارتفاق بالشرب أو المجرى أو المسيل الى أرض للبناء . أو يتغير العقار المرتفق به كأن يجف البئر الذى تقرر عليه حق الشرب . وذلك أيا كان سبب هذا التغيير سواء رجع الى فعل الانسان أو الى حادث فجائى أو قوة قاهرة . بل ان اعمال القاعدة لايظهر الا اذا رجع التغيير الى قوة قاهرة أو فعل غير مشروع للغير . لأن لمالك العقار المرتفق دعوى موضوعية هى الاقرار بالارتفاق أو استعمال احدى دعاوى الحيازة كما سبق أن أسلفنا ليزيل المانع لحقه الذى يقيمه مالك العقار المرتفق أو ينشأ عن فعل غير مشروع لغيره . وفى كل الأحوال يجب أن يترتب على هذا التغيير استحالة كاملة لاستعمال الارتفاق . مثل انهدام البناء الذى له حق المطل . أو الجسر الذى تقرر عليه حق المرور ويبقى حق الارتفاق قائما اذا لم يترتب على التغير سوى صعوبة استعماله أو انقاص فائدته [١] . ويعلق استاذنا الدكتور جمال زكى على هذا النص بأن الاستحالة [٢] للاستعمال ليست سبب لانهاء الارتفاق . اذ يبقى هذا الارتفاق قائما رغم استحالة استعماله ولو كانت هذه الاستحالة كاملة. ويعود اذا عادت الأشياء الى وضع يمكن معه استعمال هذا الحق الا أن يكون قد انتهى بعدم الاستعمال . فتعتبر الاستحالة مجرد عائق مادي يقف

---

(١) راجع د/ السنهورى المرجع السابق فقرة ٦٢٢.

(٢) راجع د/جمال زكى فقرة ٣٧٨.

استعمال حق الارتفاق لا أثر له على قيامه • ويعود صاحبه الى استعماله متى زالت هذه الاستحالة • واذا كان حق الارتفاق ينتهي اذا استمرت الاستحالة خمس عشرة سنة فان سبب الانتهاء ليس هو الاستحالة بل عدم الاستعمال طوال هذه المدة •

سادسا : انعدام الفائدة من الارتفاق :

نصت على ذلك المادة ١٠٢٩ مدنى التى جاء نصها " لمالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه اذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق أو لم تبق له غير فائدة محدودة لاتتناسب البتة مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به " • يتضح من هذا النص أن الارتفاق قيد يحد من منفعة عقار لمصلحة آخر • فاذا فقد الارتفاق كل المنفعة للعقار المرتفق أو لم تبق له غير فائدة ضئيله لاتتناسب مع مايمثله بقاؤه من عبء على العقار المرتفق به • فلمالك العقار المرتفق به عندئذ أن يطلب التخلص من حق الارتفاق • مثال ذلك أن يكون الارتفاق حق شرب واستطاع مالك العقار المرتفق أن يحفر بئرا ارتوازيا فى أرضه يغنيه عن حق الارتفاق المقرر له أو أن يكون الارتفاق المقرر حق مرور ثم ينفتح للعقار المرتفق به سبيل آخر للمرور • ففى هذه الحالة أيضا لايكون لمالك العقار المرتفق مصلحة جديرة بالحماية فى الابقاء على حق الارتفاق ويكون لمالك العقار المرتفق به أن يطلب التخلص من حق الارتفاق ولو اقتضى الأمر أن يدفع لمالك العقار

المرتفق تعويضا عادلا [١] . وقد لاتنعدم الفائدة من الارتفاق ولكنها تتضاءل الى حد كبير بعد التغير الذى طرأ على العقار المرتفق بحيث لاتتناسب مع العبء الذى يرد على العقار المرتفق به . كأن نشق ترعة عامة بجوار أرض زراعية فيصبح حق المجرى الذى لها على الأرض المجاورة من الناحية الأخرى غير ذى أهمية . حين يكون بقاء الارتفاق فى هذه الحالة أيضا غير متفق مع حسن السياسة التشريعية [٢] .

==========

تم بحمد الله وعونه

د/ سعيد عبدالسلام

---

(١) راجع د/محمد على عمران المرجع السابق ص٣٩٨، د/السنهورى فقرة ٦٢٣، د/البدراوى فقرة ٣٣٥ .

(٢) راجع د/جمال زكى المرجع السابق ص٦٧٩ فقرة ٣٧٨ . وقد جاء فى المذكرة التفسيرية للمشروع التمهيدى "ينتهى حق الارتفاق أخيرا اذا لم تصبح له فائدة أو أصبحت فائدته محدودة لاتتناسب البته مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به " .

الفهـــــرس

الموضوع		الصفحة

الموضـــوع		الصفحـــة
المبحث الثانى	العقـــد	٣١٤
المبحث الثالث	الشـــفعة	٣٢٠
المطلب الأول	ماهيتها وطبيعتها وخصائصهـــا	٣٢١
المطلب الثانى	شـروط الأخـذ بالشفعة	٣٣٥
الفرع الأول	حالات وأسباب الأخـذ بالشفعة	٣٣٥
الفرع الثانى	البيـوع التى تجـيز الشفعة	٣٦٢
الفرع الثالث	فـض التزاحم بين الشفعاء	٣٧٢
الفرع الرابـع	موانـــع الشـــفعة	٣٨١
المطلب الثالث	اجراءات الأخـــذ بالشفعة	٣٨٨
المطلب الرابع	مسقطات الشفعة	٤٠٠
المطلب الخامس	آثـــار الشـــفعة	٤٠٥
المبحث الرابع	الحيـــازة	٤١٣
المطلب الأول	الأحكـام العامة للحيازة	٤١٤
المطلب الثانى	كسب الملكية بالتقادم	٤٤٨
المطلب الثالث	الحيـازة فى المنقول	٤٨٤
القســم الثانى	**الحقوق المتفرعة عن حق الملكيـة**	٤٩٩
الباب الأول	حق الانتفاع والاستعمال والسكنى	٥٠١
الفصل الأول	ماهية حق الانتفاع وخصائصه وأسباب كسبه	٥٠١

الموضـــــــــوع		الصفـــــــحة

مطبعة حماده الحديثة
قويسنا - ش الوفاء ☎ ٣٧٤٧٢٢

